

**APLICACIÓN Y ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL EN EL MODELO DE LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS EN
COLOMBIA**

Monografía para la obtención del título de abogado

Estudiantes: María Isabel Giraldo Moreno y Daniel Posada Patiño

Asesor: Maximiliano Alberto Aramburo Calle

Universidad Eafit

2018-1

Medellín

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	2
SECCIÓN I: CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS EN EL MUNDO	4
1) CONCEPTO ECONOMÍAS COLABORATIVAS	4
A) <i>Historia, evolución y definiciones</i>	5
B) <i>Partes: diferencia con el sistema económico tradicional de competencia</i>	10
i. Usuario o consumidor.....	12
ii. Proveedor o prestador.....	13
iii. Plataforma	15
C) <i>Principales plataformas: Uber y Airbnb</i>	16
2) PROBLEMAS JURÍDICOS	19
A) <i>Competencia</i>	21
B) <i>Derecho tributario</i>	23
C) <i>Derecho laboral y seguridad social</i>	25
D) <i>Protección de datos personales</i>	26
E) <i>Protección al consumidor</i>	28
F) <i>Responsabilidad civil</i>	30
3) REGULACIÓN DE LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS EN OTROS ESTADOS.....	33
A) <i>Estados Unidos</i>	35
B) <i>Europa</i>	38
C) <i>América Latina</i>	44
SECCIÓN II: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS EN COLOMBIA	47
1) REGULACIÓN DE UBER Y AIRBNB EN COLOMBIA	48
A) <i>Uber</i>	48
B) <i>Airbnb</i>	53
2) RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN COLOMBIA	56
A) <i>Responsabilidad contractual</i>	58
i. Contratos relativos al transporte	58
ii. Contratos de intermediación o colaboración	63
iii. Contratos relativos al arrendamiento del inmueble	66

<i>B) Responsabilidad extracontractual</i>	<i>68</i>
i. Responsabilidad por el hecho propio	69
i. Responsabilidad por el hecho ajeno	71
ii. Responsabilidad por actividades peligrosas	71
iii. Responsabilidad por perturbaciones del vecindario	76
<i>C) Régimen de protección al consumidor.....</i>	<i>77</i>
<i>D) Régimen de propiedad horizontal.....</i>	<i>80</i>
3) RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A UBER Y AIRBNB.....	81
<i>A) Uber</i>	<i>82</i>
i. Responsabilidad contractual.....	85
ii. Responsabilidad extracontractual	96
iii. Régimen de protección al consumidor	105
iv. Conclusión	109
<i>B) Airbnb.....</i>	<i>111</i>
i. Responsabilidad contractual.....	113
ii. Responsabilidad extracontractual	121
iii. Régimen de protección al consumidor	123
iv. Régimen de propiedad horizontal	124
v. Conclusión	125
CONCLUSIONES GENERALES.....	128
BIBLIOGRAFÍA.....	134

ANEXOS

1. Certificado de Existencia y Representación Legal de Uber Colombia S.A.S.
2. Respuesta de la SIC del 6 de marzo de 2018 a derecho de petición.
3. Cláusulas generales de la póliza de responsabilidad civil tomada por Uber Colombia S.A.S. con Allianz Seguros Colombia S.A.
4. Cuadro regímenes de responsabilidad aplicables a Uber.
5. Cuadro regímenes de responsabilidad aplicables a Airbnb.
6. Términos y condiciones de Uber.
7. Términos y condiciones de Airbnb.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, se ha presentado un desarrollo notable del concepto de economías colaborativas, como un modelo alternativo a las relaciones económicas tradicionales, que ubica a los particulares en una posición beneficiosa en la cual pueden aprovechar sus recursos y satisfacer sus necesidades a un menor costo.

Este modelo económico ha recibido una gran acogida en gran parte de la sociedad occidental. Las primeras plataformas surgieron en Estados Unidos como pequeños emprendimientos tecnológicos, en un momento de crisis económica mundial, de gran globalización y de crecientes preocupaciones ambientales. Se basan en la idea de la colaboración entre los particulares para reducir el consumismo desenfrenado y satisfacer necesidades a través del acceso a bienes y servicios subutilizados. Así, quien presta el servicio o bien no es una compañía con objetivos e instrumentos comerciales, bajo una estructura vertical de consumo, sino los mismos particulares de forma directa y horizontal, a través de la tecnología que los conecta. Estas relaciones colaborativas se concretan gracias a las plataformas tecnológicas (en adelante plataformas)¹, quienes se convierten en actores fundamentales que intervienen en mayor o menor medida en los negocios jurídicos celebrados.

Hoy son incontables las aplicaciones móviles que dicen tener un modelo de negocio colaborativo, pertenecientes a todo tipo de sectores económicos: transporte, hospedaje, gastronomía, financiamiento, turismo, servicios domésticos de todo tipo, entre otros. No obstante, a medida que se han ido desarrollando estas plataformas, el afán por lograr un provecho económico las ha alejado en cierta medida del objetivo inicialmente propuesto. Tanto las compañías como los proveedores han distorsionado el modelo colaborativo y en la práctica terminan ejerciendo actividades que perfectamente se enmarcarían en el modelo económico tradicional de consumo y competencia.

¹ Para mayor comodidad del lector, cuando se haga referencia a “plataformas”, debe entenderse siempre que se está hablando de plataformas tecnológicas.

Junto con el crecimiento exponencial en términos de presencia internacional e ingresos de las principales compañías colaborativas, entre las cuales se destacan Uber y Airbnb, se han presentado problemas o al menos tensiones en el ámbito social, económico y político de los países en donde adelantan sus actividades, que redundan casi siempre en interrogantes de carácter jurídico.

Basta con leer las noticias, tanto internacionales como nacionales, para reconocer las alarmas que se están prendiendo en muchas áreas del Derecho. La incertidumbre que causa el estado de informalidad de Uber y Airbnb causa todo tipo de reacciones. La competencia desleal, la evasión tributaria, la informalidad laboral y la inseguridad contractual son algunos de los problemas que argumentan los opositores de estas nuevas plataformas para impedir su libre funcionamiento. Sus defensores, en cambio, ven en el modelo de colaboración una oportunidad para el desarrollo de la autonomía privada, la eficiencia económica, el mejoramiento de productos y servicios, el cuidado del medio ambiente, la innovación y la reconstrucción del tejido social. Así, ambas posiciones se encuentran en que es necesaria una regulación y la discusión se centra en qué tanto y cómo regularlas.

Una de las múltiples esferas del Derecho que debe reaccionar ante esta situación es la responsabilidad civil, pilar fundamental del derecho civil, comercial e incluso administrativo. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el desarrollo de las actividades económicas adelantadas a través de estas plataformas y en la ejecución de los contratos derivados de los modelos colaborativos, pueden causarse una gran variedad de daños y perjuicios que deben ser reparados. Es por esto que una adaptación jurídica parecería necesaria ante accidentes, incumplimientos, reclamaciones y todo tipo de conflictos posibles, de forma que pueda establecerse claramente el régimen que debería aplicarse a estas economías en el ámbito de la responsabilidad, ya sea mediante la aplicación del régimen vigente o la creación de uno nuevo. Así, es necesario un análisis detenido de los riesgos que se derivan de este modelo económico y del régimen actual de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de determinar si pueden ser solucionados con base en las normas

existentes; o si, por el contrario, es necesario establecer, a partir de los principios e instituciones del derecho colombiano, un régimen de responsabilidad especial aplicable al nuevo modelo económico colaborativo.

El presente trabajo busca responder a la pregunta de si puede y debe adaptarse la regulación actual de la responsabilidad civil en Colombia al modelo de las economías colaborativas. Esta se desarrolla a través de dos grandes secciones.

La primera sección brinda el contexto general de las economías colaborativas en el mundo. Para ello, hace un breve recorrido histórico y define el concepto de economía colaborativa, identificando las partes intervinientes y las principales plataformas. Luego analiza los principales problemas jurídicos que pueden causarse en el desarrollo de este modelo y describe el estado del arte actual de las reacciones regulatorias de algunos Estados a través del mundo ante este fenómeno.

La segunda sección aborda el régimen de responsabilidad civil de las economías colaborativas en Colombia. Comienza por identificar el panorama actual de la regulación de Uber y Airbnb en el país, para luego describir el régimen general de la responsabilidad civil aplicable. A continuación, se analiza la aplicabilidad de ese régimen existente a las economías colaborativas, con el fin de responder la pregunta principal, para finalmente concluir cuál es el régimen de responsabilidad civil que mejor se adapta al modelo de Uber y Airbnb en Colombia.

SECCIÓN I: CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS EN EL MUNDO

1) Concepto economías colaborativas

A) Historia, evolución y definiciones

Desde la antigüedad, el ser humano ha tendido a formar pequeñas comunidades y a establecer mecanismos de intercambio para garantizar la satisfacción de las necesidades, mecanismos que incluso se han mantenido vigentes en ciertos sectores sociales como el campo, los barrios con fuerte identidad social y, sobre todo, los sectores de bajo nivel económico. Este modelo de producción comunitario entre los miembros de un grupo ha venido avanzando hasta convertirse hoy en día en lo que conocemos como economías colaborativas.

Por primera vez, el concepto de economía colaborativa fue utilizado en el 2007, cuando Ray Algar hizo referencia a este en un artículo publicado para *Leisure Report* denominado *Collaborative Consumption*. Posteriormente, este concepto fue retomado por Rachel Botsman y Roo Roger, quienes a través de su libro *What's mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption* popularizaron el término. No obstante, como se desprende de lo indicado anteriormente, puede decirse que este modelo económico es más antiguo a su denominación (Navio, Santaella, Portilla, & Martín, 2017).

En la década de los 70, luego de la crisis del petróleo, comenzaron a aparecer en varias sociedades sistemas de economía colaborativa sin ánimo de lucro como lo fueron los sistemas locales de intercambio (LETS por sus siglas en inglés), en los cuales se fomentaba el intercambio de bienes y servicios mediante la implementación de una moneda paralela a la oficial y de tecnologías de la información. Estos sistemas se basaban en el concepto del trueque e intercambio entre los mismos miembros de la comunidad y llegaron a tener un gran éxito como fue el caso en Columbia Británica, Canadá. Posteriormente, a mediados de los años 90, surgen nuevas iniciativas de modelo de economía colaborativa con ánimo de lucro, como lo es Ebay, que se apartaron del concepto del trueque y comenzaron a servir como intermediarios en relaciones de compraventa con el fin de obtener un provecho económico (Navio, Santaella, Portilla, & Martín, 2017).

A partir del 2007 las economías colaborativas experimentaron un crecimiento significativo, especialmente desde la crisis del 2008, debido a los cambios sociales, económicos y culturales del momento. Dentro de estos, se han identificado cuatro factores principales que llevaron a la consolidación de este modelo económico: (i) El avance de la tecnología en línea y móvil, que permitió crear comunidades colaborativas a gran escala pues aceleran y facilitan el contacto y el ciclo oferta-demanda; (ii) las preocupaciones medioambientales conectaron los conceptos de colaboración y sostenibilidad, lo cual agregó entre las razones de adoptar prácticas colaborativas el hecho de ser mejores para el medio ambiente; (iii) la recesión global fue clave para estas economías, cuyo beneficio más popular es ahorrar dinero, crucial en tiempos de crisis económica, en los que la gente pone la practicidad sobre el consumismo; y (iv) finalmente, el antiguo concepto de comunidad se revivió, pues la conectividad *online* facilita la creación de comunidades *offline*, permitiendo el contacto de personas que viven en la misma área pero no interactúan, evidenciando el carácter social de la economía colaborativa (Latitude Magazine, 2010).

Así, este modelo económico se ha vuelto fundamental en la economía actual y lo será cada vez más. Un ejemplo de esto es el crecimiento que han presentado a lo largo de los años y la cantidad de ingresos que generan con sus actividades económicas. Como lo señaló la consultora PWC en el 2015, se estima que la economía colaborativa genera 15 billones de dólares (al lado de 240 millones de dólares de la economía tradicional en los mismos sectores) y que para el 2025 este monto llegará a los 335 billones. Esta expectativa de crecimiento acelerado las hace el foco de atención de muchos políticos, economistas y juristas, quienes han reaccionado de diversas formas dependiendo de los intereses que representen (Selloni, 2017).

Luego de este desarrollo histórico, las economías colaborativas no han dejado de evolucionar. Es una realidad cambiante, controversial y confusa. Los términos y conceptos que se usan para describirlas no son claros, lo cual hace que en las discusiones jurídicas, económicas y políticas que se están dando en muchas partes del mundo (y que en ocasiones llegan hasta protestas violentas) defensores, opositores, legisladores y ejecutores argumenten sobre

fenómenos diversos (Codagnone, Biagi, & Abadie, 2016). Particularmente en América Latina estas plataformas han crecido de manera acelerada y, para muchos, han sido un promotor de la economía nacional de los países y de la innovación (lo que algunos llaman economía naranja donde la cultura, la creatividad y la economía se interconectan). A pesar de las controversias alrededor de su legalidad y de los múltiples opositores, hay una tendencia por parte de algunos gobiernos de la región a permitir que desarrollen sus actividades, con ciertas exigencias, aunque otros Estados han intentado ignorar la problemática y evitar pronunciamientos jurídicos expresos². La complejidad del tema se agudiza por la ambigüedad conceptual, las controversias retóricas y la falta de evidencia empírica seria. En consecuencia, llegar a una definición única y concluyente es difícil pero no por ello menos importante para una normativa seria y completa (Codagnone, Biagi, & Abadie, 2016).

El concepto de consumo colaborativo inicialmente buscaba definir una alternativa al modelo de consumo tradicional en el cual se cuestiona la forma en la que las personas satisfacen sus necesidades, pues pasan de hacerlo a través del dominio a hacerlo por medio del acceso a bienes o servicios cuya propiedad no se detenta necesariamente. Esta alternativa se materializó en múltiples sistemas de intercambio entre pares que han sido asociados por los autores con cambios positivos a nivel social, ambiental y económico, pues permiten la incorporación en el mercado de recursos que se encontraban inutilizados.

A medida que se fueron desarrollando estos sistemas, los cambios sociales y los desarrollos tecnológicos impactaron de forma notable en el concepto de consumo colaborativo. La facilidad en las comunicaciones y en el acceso a la información permitió la consolidación de estos sistemas en plataformas digitales masificadas, lo que dio lugar al concepto de economía colaborativa, asociado a los desarrollos tecnológicos para implementar la colaboración³. Si

² Se profundizará sobre las plataformas colaborativas en América Latina en la Subsección 3, Capítulo C.

³ Como modelo, la economía colaborativa no se circunscribe únicamente a las plataformas digitales pues desde antes del surgimiento de estas, había actividades económicas que respondían a la misma colaboración sin el uso del internet. No obstante, a partir del 2007, se ha utilizado el concepto únicamente para hacer referencia a las

bien no hay una definición clara de este tipo de economía, es asociada siempre a plataformas digitales que permiten realizar transacciones directas entre individuos P2P (*Peer to Peer* o Particular-Particular) con el fin de suplir sus necesidades mediante el acceso a bienes y servicios, y no necesariamente a través de su adquisición o propiedad (Selloni, 2017).

En el 2006, Bauwens empezó definiendo las dinámicas P2P como aquellos procesos que buscan incrementar la participación más extendida e igualitaria de los actores en la economía. Crea valor de uso a través de la colaboración libre de productores con acceso al capital distribuido, haciéndolo universal en una comunidad. A partir de esta definición, las relaciones P2P pueden llamarse economía compartida porque en ellas cada persona contribuye en lo que puede y toma lo que necesita. Grandes problemas globales, como la protección al medio ambiente, podrían ser enfrentados por una sociedad P2P (Bauwens, 2006).

Más tarde, en 2010, Botsman y Rogers le dieron por primera vez una definición a aquella realidad que existía desde hacía muchos años y mostraron la economía colaborativa como más que un nicho de mercado. En su libro *What's mine is yours*, proponen la siguiente distinción, que demuestra lo difícil que ha sido delinear el concepto (Botsman & Rogers, 2010):

1. Consumo colaborativo: modelo económico basado en compartir, intercambiar o rentar productos y servicios que permitan el acceso a la propiedad.
2. Economía colaborativa: economía construida sobre redes de distribución que conectan individuos y comunidades, en lugar de instituciones centralizadas. Tiene cuatro elementos: producción, consumo, financiación y educación.
3. Economía compartida: modelo económico basado en compartir activos subutilizados.

plataformas colaborativas, pues son las que logran impactar distintos ámbitos y tienen un alcance mundial gracias al uso del internet, por lo que hacen surgir un verdadero enfrentamiento con el modelo económico tradicional.

Las economías colaborativas también han sido definidas por Lisa Gansky, como un *mesh* o entramado que permite que cualquier nodo se conecte con otro nodo en un sistema determinado. Se basa en transacciones consecutivas con el mismo bien o servicio, que permiten multiplicar las ganancias, los contactos de consumidores y las oportunidades de ventas; y profundizar en las relaciones con los consumidores (Gansky, 2010).

Una definición actual, neutral y amplia del término es la del Reporte de Políticas del Centro de Investigación Conjunta del servicio científico de la Comisión Europea. Allí se define el concepto de economías colaborativas como un espectro abierto de plataformas con o sin ánimo de lucro que facilitan intercambios entre una gran variedad de jugadores o agentes a través de distintas modalidades de interacción, y que permiten el consumo o la actividad productiva balanceando activos de capital, bienes, habilidades o tiempo (Codagnone, Biagi, & Abadie, 2016).

Así, las economías colaborativas están llevando a un capitalismo basado en la multitud pues cambian la forma de pensar en utilidad, empleo, capital y trabajo ⁴. Los nuevos intercambios comerciales P2P pueden afectar las regulaciones estatales y el tejido social. No solo es un nuevo nicho de mercado sino una concepción comunitaria de la economía que impacta muchas esferas de la sociedad (Sundararajan, 2016).

Todas estas y más definiciones son útiles para comprender lo complejo y amplio que se vuelve el concepto de economías colaborativas. Este trabajo no pretende un estudio conceptual exhaustivo sino elegir una definición suficientemente clara para entrar a analizar el aspecto jurídico de este fenómeno.

⁴ Aunque aparentemente puedan asimilarse a las empresas B (sociedades comerciales de beneficio e interés colectivo), las plataformas colaborativas pueden o no tener ánimo de lucro y buscan crear un modelo entre particulares de colaboración y aprovechamiento de recursos. En cambio, las empresas B son compañías que desarrollan actividades comerciales bajo un modelo tradicional, pero implementando medidas social y ambientalmente beneficiosas (Márquez, 2016).

Debe aclararse, sin embargo, que muchos autores clasifican dentro de las economías colaborativas ciertas plataformas que no cumplen con los requisitos básicos establecidos inicialmente pues distorsionan y escapan los objetivos del consumo colaborativo y conciencia medio ambiental y comunitaria que, en esencia, deben tener estas economías. Por ejemplo, los sitios web como Amazon, Ebay y Mercado Libre no son más que plazas de mercado tradicionales en línea, donde hay compra y venta de productos (nuevos y usados) por parte de todo tipo de sujetos, pero sin el espíritu de colaboración y ahorro que hace que plataformas como Uber y Airbnb marquen la diferencia. Las empresas de taxis que crearon aplicaciones móviles, como Easy Taxi, tampoco encajan en el concepto de economía colaborativa pues siguen ofreciendo fundamentalmente el mismo servicio que los taxis tradicionales, solo que a través de las tecnologías de la información. También aquellos comerciantes que entran a las plataformas colaborativas a masificar los servicios o productos ofrecidos se salen del modelo y contravienen su fundamento. Por ejemplo, ciertas compañías de arrendamientos o inversionistas se aprovechan de plataformas como Airbnb para alquilar edificios completos y así defraudar el modelo económico tradicional y evadir las normas aplicables al sector hotelero y turístico.

Así, a partir de las anteriores definiciones, se concluye que las economías colaborativas son un conjunto de plataformas digitales, con o sin ánimo de lucro, que permiten intercambios entre diversos actores particulares no comerciantes y, a través de distintas modalidades de interacción, facilitan la satisfacción de necesidades y la actividad productiva estandarizada, flexible e independiente, maximizando el aprovechamiento de los recursos subutilizados y reduciendo los costos de transacción.

B) Partes: diferencia con el sistema económico tradicional de competencia

Muchos argumentan que estas economías colaborativas deben ser reguladas por implicar nuevas partes. En los servicios tradicionales la relación usuario-proveedor (comerciante) o proveedor-intermediario-usuario está relativamente clara y definida, en cuanto a las

características de cada uno y a las cargas que les impone el ente regulador. Tanto la parte sobre la que puede ejercerse control más fácilmente, como el optimizador del costo (*least-cost avoider*) es casi siempre el proveedor, pues es el que puede tomar medidas para prevenir o mitigar los riesgos del mercado al menor costo. Por otro lado, estos papeles de las partes en las economías colaborativas varían dependiendo del modelo de producto o servicio ofrecido y la regulación deberá, por lo tanto, hacerse caso por caso pues cada plataforma tiene sus particularidades, lo cual hace imposible establecer una normativa macro (Katz, 2015).

Así mismo, se presenta un cambio en la relación entre los consumidores o usuarios y proveedores. Mientras que en el modelo económico tradicional los agentes actúan motivados por la obtención del máximo provecho en sus transacciones y sus decisiones son tomadas en términos absolutamente estratégicos (*homo economicus*), en el modelo de las economías colaborativas, entran a jugar un papel importante los aspectos personales de los usuarios y proveedores intervinientes. Teniendo en cuenta que estos modelos se fundamentan en principios de confianza y reputación, además de la definición de las condiciones contractuales es necesario informarse acerca de las características individuales del agente con quien se va a contratar para la consolidación del acuerdo. Es por esto que se pasa de relaciones impersonales y anónimas a relaciones en donde se tiene toda la información del agente con quien se contrató incluso antes de la consolidación de la transacción, lo que intenta crear un ambiente de confianza que permita el desenvolvimiento de las relaciones económicas a través del internet (Linares, 2017).

Se identifican tres partes principales involucradas en las transacciones colaborativas que, aunque nombradas de la misma forma, crean una estructura relacional nueva y cambiante. Normalmente, estas plataformas operan a gran escala y en varias jurisdicciones⁵, por lo que

⁵En este punto se hace referencia a jurisdicción como ente estatal, con normas e instituciones propias, que varían de Estado a Estado y pueden implicar dificultades para una compañía a la hora de operar de forma internacional. Pueden surgir en el ejercicio de estas plataformas conflictos mayores de Derecho Internacional Privado, como

los usuarios y proveedores suelen ser los optimizadores del costo al conocer mejor las normas locales y sus propios bienes o servicios puestos en circulación. Sin embargo, a veces las plataformas están en una mejor posición para controlar la conducta de las demás partes pues tienen un mayor acceso a la información y son a su vez más fáciles de vigilar por la autoridad competente, por ser personas jurídicas constituidas, identificables y con un patrimonio específico (Katz, 2015).

i. Usuario o consumidor

Tradicionalmente el consumidor ha sido definido como la persona que adquiere bienes o servicios para la satisfacción de necesidades propias, privadas, familiares, domésticas y empresariales, sin la intención de incorporarlos de nuevo en la cadena de distribución y consumo, es decir, es el destinatario final pues la adquisición del bien o servicio no está ligada intrínsecamente a su actividad económica (así lo contempla el artículo 5 del Estatuto del Consumidor colombiano). Dada la asimetría de la información y la situación de debilidad en la que este podría encontrarse en el modelo económico tradicional, e incluso en el modelo colaborativo, en relación con los proveedores o plataformas, la ley ha optado por otorgarle garantías y protecciones con el fin de generar cierto equilibrio en la relación contractual. Es por esto que se han establecido normas en relación con ciertas transacciones que plantean preocupaciones de salud, seguridad y finanzas para el consumidor, buscando que mejore el servicio de estas plataformas.

Bajo el modelo de las economías colaborativas, gracias a su componente tecnológico, los consumidores o usuarios superan parte de su vulnerabilidad. Las plataformas los benefician pues ofrecen nuevos servicios, aumentan la disponibilidad de los proveedores, disminuyen los costos y otorgan información amplia, rápida y actual sobre el servicio y el proveedor. Además, se establecen sistemas reputacionales, que son el registro de calificaciones en

el fórum shopping, el conflicto de jurisdicciones y el fraude a la ley, asuntos que no harán parte del presente análisis.

relación con el perfil de un proveedor o usuario, las cuales tienen un impacto en su acceso a la plataforma, por lo que incentivan su buen comportamiento. Tanto los proveedores como los usuarios se ven beneficiados por una buena calificación. Sin embargo, también pueden surgir comportamientos discriminatorios contra los proveedores por parte del usuario a través de calificaciones falsas⁶.

ii. Proveedor o prestador

Es la parte que ofrece el producto o servicio. El proveedor tradicional se caracteriza por ser el optimizador del costo, pues suele ser un profesional y posee más información y recursos. Por tener la posición dominante en su relación con el consumidor y ser él quien se lucra de la actividad económica adelantada, la Ley busca un balance por medio de normas protectoras del consumidor e imposición de cargas al proveedor comerciante.

En cambio, en las plataformas de economía colaborativa, el proveedor se encuentra en una posición menos poderosa en el modelo contractual tradicional. Por un lado, suele ser un actor informal y casual del mercado que opera a pequeña escala, con menor o ningún nivel de profesionalismo, y es por esto que no puede responder ante las mismas cargas normativas que los proveedores tradicionales. Incluso pueden llegar a ser tan vulnerables como los usuarios, pues implica que quien ahora es el prestador del servicio busque obtener un provecho de sus bienes o fuerza de trabajo (aprovechamiento de recursos inutilizados), mientras que en el modelo de economía tradicional es el consumidor vulnerable a quien la ley busca proteger (Acevedo, 2016).

Por otro lado, muchas de las plataformas estandarizan las transacciones, lo cual le impide al proveedor mantener su posición dominante en la negociación pues en la mayoría de los casos se trata de contratos de adhesión y de contratos en los que ambas partes tienen la misma

⁶ En el Capítulo E de la Subsección 2 se hará referencia específicamente a la aplicabilidad de la normativa colombiana en la economía colaborativa.

posibilidad de negociar. Finalmente, el proveedor no es necesariamente el optimizador del costo dado que no tiene el volumen ni la capacidad suficiente para asumir los riesgos, por lo que ejerce su actividad económica enfrentándose a factores como la ausencia de seguros de responsabilidad civil⁷, altos costos de medidas de seguridad y la falta de información, entre otros (Katz, 2015).

Los debates sobre las plataformas se han enfocado en la protección al consumidor y a la competencia justa. Sin embargo, el estado actual de los proveedores hace surgir varias preocupaciones. Algunos autores los consideran una población vulnerable en crecimiento, sin ninguna posibilidad de negociar con la plataforma ni de formar sindicatos, pues no son empleados ni tienen derecho a un salario mínimo. Además, se les están imponiendo deberes específicos como pagar impuestos de hospedaje y hacer chequeos mecánicos del carro sin que se establezcan a su favor unos derechos laborales mínimos (Acevedo, 2016). Por ejemplo, desde 2015 los conductores de Uber son empleados según la Comisión Laboral del Estado de California, quien exige a la compañía pagarles seguridad social y salario (Romero, 2015). Sin embargo, en el resto de Estados, se les llama socios conductores y no tienen ninguna de estas prestaciones. En Colombia, ser conductor de Uber puede ser incluso riesgoso. Aunque la plataforma haya sido declarada ilegal, algunos funcionarios creen que su actividad sí lo es y toman represalias contra los prestadores del servicio, a quienes les retienen los vehículos y licencias, y les imponen multas.

⁷ Los seguros obligatorios para particulares no suelen cubrir daños causados en ejercicio de una actividad comercial. Esto se debe a que la prima varía dependiendo del riesgo al que se exponga el asegurado, lo cual se relaciona con el tiempo durante el cual se ejerce la actividad que implique riesgo (cuando se hace de forma profesional, el riesgo es mayor). Además, debe precisarse que la obligatoriedad de los seguros dependerá de decisiones legislativas de cada Estado. Normalmente, se impone la adquisición de los seguros cuando se ejerce una actividad especialmente riesgosa o cuando se quiere socializar un riesgo y su pago. Al respecto, se profundizará en la Sección II.

iii. Plataforma

La plataforma como parte/intermediario (no como sistema) juega un papel fundamental en esta relación. Aunque existen muchos tipos de páginas web y aplicaciones que implementan la tecnología para facilitar el uso o intercambio de activos entre individuos que, sin esta, estarían desconectados, lo que hace que las compañías tradicionales no hagan parte de esta categoría no es la falta de tecnología sino el ofrecimiento de productos estándar a precios estándar, a consumidores que compran directamente. Aplicaciones de arrendamientos o de intercambios (*swappers*) en línea funcionan como un intermediario tradicional, que facilita las transacciones entre particulares pero que no resuelve las asimetrías de información ni aumenta la garantía de calidad de los productos o servicios, ganando muy poco de las transacciones. Las plataformas colaborativas, en cambio, aunque han sido descritas como franquicias digitales, implican una mayor delegación de la propiedad y control por parte del proveedor y rompen con el esquema estándar de productos y precios (Acevedo, 2016).

La diferencia fundamental con otros servicios en línea ya existentes está en el grado de control que la plataforma ejerce sobre cada transacción, pues son estas quienes determinan las reglas del juego y entran a definir cuestiones como el precio, la forma de pago, la modalidad de prestación del servicio o entrega de los bienes, las evaluaciones y calificaciones de los prestadores. Generalmente buscan minimizar su responsabilidad al caracterizar sus servicios como los de un mero intermediario neutral que solo facilita la transacción, asemejándose a las plataformas de mensajería, pues las normas relativas a las tecnologías de la información resultan más favorables y laxas para quien ofrece el servicio. Sin embargo, muchos críticos argumentan que en la práctica operan como proveedores de servicios directos y en consecuencia deberían regularse por las normas correspondientes al sector del mercado al que pertenecen (Acevedo, 2016).

Frente a esta autodenominación de las plataformas, los reguladores solo podrían hacerlas responsables por hechos ocurridos entre el usuario y el proveedor por un sistema de responsabilidad indirecta, lo cual resulta supremamente complejo en la práctica pues en

muchos casos la plataforma no tiene una relación laboral con el proveedor, siendo tan solo un contratista independiente. No obstante, no puede ignorarse que en muchas ocasiones son estas las mejores optimizadoras del costo y, por lo tanto, las que con mayor facilidad podrían asumir los riesgos; y son quienes tienen el manejo de los datos personales de tanto usuarios como proveedores. A diferencia de otras plataformas en internet, las colaborativas no son pasivas, sino que ejercen cierto control y reciben ganancias de las transacciones, lo cual sugiere que la inmunidad no es la solución regulatoria adecuada (Katz, 2015).

C) Principales plataformas: Uber y Airbnb

Como se indicó anteriormente, las plataformas de economía colaborativa han presentado un desarrollo acelerado y han abarcado múltiples sectores del mercado, lo que permite a los usuarios acceder a gran variedad de bienes y servicios y así satisfacer todo tipo de necesidades. Este crecimiento se ha visto reflejado en la creación permanente y constante de nuevas plataformas digitales que buscan un desarrollo exitoso como el de Uber y Airbnb. Inara Scott y Elizabeth Brown proponen clasificar las compañías de economía colaborativa en tres sectores principales: (i) acceso a bienes, (ii) prestación de servicios a corto plazo y/o bajo demanda, y (iii) acceso a espacios (Scott & Brown, 2017).

En el acceso a bienes, se encuentran plataformas como Zipcar, fundada en el año 2000 como una empresa cuyo objetivo era promover el uso de vehículos compartidos permitiendo a las personas alquilar de manera fácil y rápida un vehículo en el lugar donde se encontraban, por días u horas. Otras plataformas de acceso a bienes son Tredup, Vibbo y Craigslist (Scott & Brown, 2017).

En acceso a espacios se ubican plataformas como Couchsurfing, la cual surgió en el 2004 como la primera plataforma que ofrece alojamiento en casas de particulares quienes se unen a la comunidad en línea de personas que tienen disponible un sofá o una habitación en sus hogares y lo ofrecen gratuitamente para ellos poder a su vez hospedarse sin costo. Inicialmente se creó como una entidad sin ánimo de lucro, pero pasó a ser una empresa

comercial con distintos modelos de negocio. En el 2008, con una idea similar, surgió Airbnb, pero más enfocado al sector hotelero. Hoy en día puede decirse que es una de las principales y más representativas plataformas de economía colaborativa. Su negocio se centra en ofrecer casas particulares o habitaciones para que quien esté interesado se aloje en ellas en vez de pagar un mayor precio por un hotel o un alquiler común. Airbnb ha tenido problemas por el incumplimiento de las normas de propiedad horizontal y de impuestos de cada ciudad, entre otras, teniendo que enfrentarse judicialmente a las autoridades y asumiendo sanciones (Navio, Santaella, Portilla, & Martín, 2017). Por ejemplo, en ciudades como París, Barcelona y Los Ángeles, se le han impuesto multas y limitaciones geográficas y temporales en su ejercicio⁸.

En tercer lugar, en el ámbito de acceso a servicios se encuentran plataformas como Taskrabbit, Blablacar, Uber, Rappi y Craigslist. Blablacar, creado en el año 2006 en Francia, si bien se enfoca también en el sector del transporte, su modelo de negocio consiste en permitirles a los usuarios ponerse en contacto para encontrar personas con sus mismos trayectos y compartir el vehículo y los gastos del transporte. Aunque por mucho tiempo generó debate la legalidad de esta plataforma, en marzo de 2013, la Corte de Casación francesa declaró que estos servicios son legales siempre que no se cobre dinero adicional a la división de los costos del trayecto. Así, los conductores no se lucran, pero dividen los costos del viaje con sus pasajeros y estos últimos logran viajar a un muy bajo costo. También se evitan viajes innecesarios, contribuyendo al cuidado del medio ambiente.

En el 2009 se fundó Uber como una empresa que le permite a cualquier conductor de un vehículo ofrecer sus servicios a aquel que necesite desplazarse de un lugar a otro. Esta compañía se ha convertido en el mayor referente del modelo de las economías colaborativas, por su presencia en 82 países y su valor que asciende a los 50.000 millones de dólares, lo cual la hace la compañía emergente más valiosa del mundo (Seitz, 2015). Su éxito ha llevado

⁸ Se desarrollará el tema de las regulaciones y sanciones impuestas a Airbnb y a Uber alrededor del mundo en la Subsección 3 de esta sección.

al surgimiento de varias compañías que tratan de imitar este modelo de negocio y de convertirse en agentes económicos con un gran poder en el ámbito internacional, como Cabify, Juno y Ola Cabs (India). En el desarrollo de su actividad en los diferentes países, esta plataforma ha estado expuesta a protestas por parte de los taxistas y demás gremios del sector de transporte, quienes alegan prácticas anticompetitivas y falta de seguridad de los pasajeros, lo que ha llevado a que se presenten varias demandas en su contra, incluso por parte de los gobiernos. También ha habido protestas de sus propios conductores por no tomárseles como empleados. Actualmente, Uber se encuentra en medio de disputas legales en muchos Estados (BBC Mundo, 2016). Su importancia ha llevado a la creación del término “uberización” de la Economía y del Derecho, para hacer referencia a los nuevos modelos económicos y jurídicos en los que la línea entre lo particular y lo profesional se vuelve difusa (Seitz, 2015).

En Colombia, la creación en 2015 de la plataforma Rappi ha tenido un gran impacto e incluso ha sido denominada como un caso de éxito entre emprendimientos jóvenes en Silicon Valley. Ofrece los servicios de un centro comercial en línea, el cual a través de “rappitenderos” lleva a los consumidores los bienes que requieren en poco tiempo. Esta compañía está expandiéndose hacia México y Brasil y ahora ofrece otros servicios o ‘favores’ como sacar a pasear a una mascota, pagar los servicios públicos e incluso hasta jugar video juegos con el usuario (Revista Dinero, 28 de junio de 2016).

Finalmente, aunque Scott y Brown no propongan una cuarta categoría, es necesario mencionar el préstamo social y *crowd-funding*⁹. Son aplicaciones que permiten préstamos directos entre personas y plataformas para financiar ideas nuevas y emprendimientos entre aquellos interesados en la misma (Ivana & Giancarlo, 2015). Algunas de ellas son Kick Starter, Help y IndieGoGo.

⁹ En Colombia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó un proyecto de decreto para “reglamentar la actividad de administración de plataformas electrónicas, financiación colaborativa” (Ministerio de Hacienda y Crédito Público).

Con todo, este trabajo se concentrará en las plataformas Uber y Airbnb por dos razones principales. En primer lugar, son las más representativas a nivel mundial en términos de presencia en el mayor número de Estados (Uber está en 82 países y Airbnb en 190) y de valor en el mercado (Musi, 2015). el Ranking de las 20 empresas de economía colaborativa por valor de mercado en el mundo a noviembre de 2015 las sitúa en primeros puestos, con 50.000 millones de dólares para Uber y 25.000 para Airbnb (Statista , 2017). En segundo lugar, son las que tienen mayor presencia en Colombia y, por lo tanto, las que más pueden generar discusiones jurídicas como las que se plantean en el presente trabajo (Gerente, 23 de febrero de 2017).

2) Problemas jurídicos

El gran universo de plataformas colaborativas ha llevado a que las legislaciones no puedan responder correctamente ante los conflictos que de su ejercicio surgen. Los Estados han reaccionado de forma más o menos intervencionista al enfrentarse a un fenómeno que tiene tantas variaciones como nexos con asuntos jurídicos. Aunque a algunas de estas relaciones contractuales se les puede aplicar las exigencias de los proveedores tradicionales de servicios en asuntos jurídicos en los que, el hecho de ser modelo colaborativo no influya sustancialmente, en otros ámbitos surgen problemáticas que deberían tratarse con nuevos marcos normativos o, al menos, frente a los que debería ser explícito el régimen aplicable.

El Análisis Económico del Derecho evalúa la tensión entre la libertad contractual y el interés público inherente a ciertas transacciones. Estas plantean preocupaciones de salud, seguridad y finanzas partiendo de la vulnerabilidad del consumidor (en especial el huésped y el pasajero que utilizan Airbnb y Uber respectivamente) frente al prestador tradicional del servicio (hoteles y taxis), el cual se presume ser el optimizador del costo. Como las plataformas colaborativas rompen con estas presunciones, se requiere un balance del riesgo distinto, teniendo en cuenta que el exceso de regulación podría llegar a desincentivar la innovación y la libre competencia.

Así, las normativas tradicionales muchas veces son insuficientes para este modelo por varias razones. Por un lado, la autoridad que regula los servicios tradicionales es localizada mientras que las plataformas colaborativas trascienden a la esfera global, por lo que deben obedecer a normas de diversas entidades locales y estatales. Por otro lado, existen diversos grupos de interés involucrados en la regulación de las plataformas colaborativas que moldean el proceso legislativo. También se generan externalidades negativas para terceros en la ejecución de estas actividades económicas (la comunidad, los proveedores sustitutos directos y el gobierno local).

De forma paralela a los regímenes normativos que buscan regular o prohibir ex ante este tipo de actividades, encontramos el régimen de la responsabilidad civil como un medio ex post que permite reducir y mitigar los riesgos que se presentan en el desarrollo del modelo de negocio colaborativo. Un régimen claro de responsabilidad civil que sea aplicable tanto a las plataformas colaborativas como a los proveedores, productores y usuarios, sería un mecanismo idóneo para determinar el comportamiento de los agentes del mercado, distribuir los riesgos, asignar costos y promover la implementación de seguros, sin necesidad de incurrir en un exceso normativo (McPeak, 2016).

Regular estas economías requiere balancear muchos intereses, entre los cuales está tanto el interés público de los gobiernos locales como el interés particular de cada una de las compañías que adelantan sus actividades dentro del mercado y de los usuarios que esperan obtener ciertos beneficios de la prestación de bienes y servicios innovadores. El punto central de la discusión es la dicotomía entre la autodenominación de las plataformas como simples intermediarios y la realidad de los servicios que prestan. Es así como escapan de las normas aplicables al sector de bienes o servicios correspondiente (turístico, hotelero, transporte, gastronómico), ahorrando costos de transacción por no cumplir con las licencias, revisiones, inspecciones, medidas de seguridad y controles a los que su competidor del modelo tradicional se somete (Katz, 2015).

Por otro lado, proponer una regulación única no es realista. Cada año surgen nuevas plataformas que implican distintos sujetos, riesgos y mercados. Una única norma para la economía colaborativa sería perjudicial para el Estado, los usuarios, las plataformas y los futuros emprendedores. No parece sencillo, pero si va a enfrentarse el reto de regular las plataformas colaborativas, debe partirse de un análisis casuístico, en el que respecto de cada compañía y de cada aspecto de esta se evalúe si vale la pena o no imponer una y otra norma y de qué manera.

A continuación, se describen los principales problemas jurídicos que están siendo discutidos alrededor del mundo en relación con el modelo colaborativo que, si bien pueden explicarse de forma separada e independiente, tienen repercusiones y efectos sobre los demás y hacen parte de la misma problemática general, esto es, la ausencia de normas expresas. Por ejemplo, la baja o nula tributación que se presenta en el ejercicio de estas actividades económicas tiene un efecto significativo en el tema de la competencia justa entre los actores del mercado; así mismo, la falta de claridad al determinar la calidad en la que se encuentran vinculados los proveedores a las plataformas tiene injerencia en el régimen de responsabilidad civil y seguridad social aplicable; finalmente, el manejo de los datos personales recaudados a través de las plataformas puede llevar a problemas de protección al consumidor, en los que se cause un daño y se haga necesaria su indemnización y reparación por medio del régimen de la responsabilidad civil.

A) Competencia

El problema de la competencia se presenta tanto en el ámbito interno como externo de las economías colaborativas, es decir, entre las mismas compañías de economía colaborativa y en relación con las compañías de servicios tradicionales. Este último es el más problemático, pues las compañías tradicionales se encuentran en una gran desventaja por las cargas legales que los nuevos competidores no enfrentan.

En el primer caso, las compañías de economía colaborativa que ingresan primero al mercado de bienes y servicios pueden crear limitaciones artificiales de acceso para la entrada de nuevos competidores y generar así un monopolio casi exclusivo sobre dicha actividad económica. Así mismo, las economías colaborativas compiten entre sí para atraer a los mejores proveedores, incluso a veces a través de tácticas fraudulentas y anticompetitivas. Las autoridades competentes deben enfrentar este problema con medidas reguladoras de la competencia como las ya existentes. Pueden, por ejemplo, otorgar incentivos tributarios a las pequeñas plataformas para asegurar que los proveedores puedan moverse libremente de una plataforma a otra (Katz, 2015).

En el segundo supuesto, se presenta una confrontación entre las compañías tradicionales, las cuales se encuentran ya sometidas a varias disposiciones legales que limitan su actuación y en muchos casos aumentan sus costos, y las compañías creadas bajo el modelo de la colaboración, quienes entran a explotar los mismos sectores del mercado sin someterse a los requisitos establecidos para los otros prestadores. Esto se debe a que los sectores donde normalmente desarrollan su actividad cuentan con fuertes barreras de entrada como la exigencia de licencias, permisos y el cumplimiento de obligaciones legales y fiscales.

El anterior desequilibrio ha llevado a protestas y manifestaciones por parte de los gremios del mercado tradicional que se han visto afectados por el ingreso de las compañías colaborativas, pues estas pueden prestar “el mismo servicio”, a un menor precio, obteniendo una mayor ganancia. El caso más recurrente es el de los taxistas y conductores de servicio público en relación con la operación de plataformas como Uber, Lyft y Blablacar (Esteve, 2017). Por ejemplo, el pasado 8 de febrero de 2018 en Praga, más de 2000 taxistas bloquearon el sistema de transporte de la ciudad para mostrar su inconformidad ante la situación de competencia desleal que se derivaba de que a los conductores de Uber no se les exigía una licencia concesionaria para prestar el servicio de transporte en la ciudad (El Diario, 8 de febrero de 2018). En Colombia, estas protestas han llegado hasta el vandalismo por parte de

los conductores del servicio de taxi tradicional y actualmente su control es un grave problema para las autoridades.¹⁰

B) Derecho tributario

Dado que las economías colaborativas funcionan a través de plataformas digitales y que su sede principal suele encontrarse en un Estado con baja tributación, como Holanda e Irlanda, terminan con cargas tributarias mínimas o nulas en los distintos países de operación. Se genera pues una brecha entre los niveles de tributación de las compañías tradicionales y las del nuevo modelo. Dependiendo del sistema de fuente de tributación de un Estado, la residencia fiscal determinará en gran parte la carga tributaria del contribuyente.

Por ejemplo, en Colombia, una sociedad sin residencia fiscal en el país tributa únicamente por la renta de fuente nacional a través de la retención en la fuente que se les haga a sus pagadores. No obstante, como lo establece el artículo 20-1 del Estatuto Tributario, si la compañía cuenta con una sucursal en Colombia, esta se toma como un establecimiento permanente, es decir, un lugar fijo de negocios ubicado en el país, a través del cual una empresa extranjera, ya sea sociedad o cualquier otra entidad del exterior, ejecuta toda o parte de su actividad. En este caso, será entonces contribuyente al impuesto sobre la renta y complementarios por los ingresos atribuibles a la sucursal o establecimiento, así como a los impuestos de las entidades descentralizadas a que haya lugar en casa caso (predial, industria y comercio, rodamiento).

En cuanto a una compañía colaborativa como Uber, una sociedad de responsabilidad limitada privada establecida según las leyes de los Países Bajos y con domicilio legal en Ámsterdam, sin sucursal en Colombia, se generan muchas discusiones en cuanto a si es o no un establecimiento permanente, pues podría llegar a darse que, dadas sus condiciones, Uber no

¹⁰ En la Sección II se aborda la problemática con el sector taxista por el ingreso de plataformas como Uber al mercado del transporte en Colombia y los pronunciamientos de las autoridades competentes.

sea contribuyente en Colombia. Esto, si se contrapone a todos los impuestos y cargas de otro tipo como las licencias que deben adquirir los taxistas y demás operadores de servicio público, genera un gran desbalance comercial y jurídico (Aguilar, 2015).

Independientemente de lo anterior, la reforma tributaria de 2016, en su artículo 180, gravó con IVA a las entidades que prestan servicios audiovisuales de “plataforma de distribución digital de aplicaciones móviles”. Al parecer, Uber tomó esto como un aspecto positivo, como un primer paso hacia la regulación de su servicio. Dicho impuesto aparentemente reequilibra un poco las cargas entre los servicios tradicionales y las plataformas como Uber y Airbnb aunque, dada la falta de formalización de estas compañías, la recolección del IVA puede ser difícil de ejecutar (El Tiempo, 29 de diciembre de 2017). Además, siguen vigentes aspectos tributarios que deben establecerse claramente para garantizar una mayor igualdad entre las plataformas colaborativas y las compañías tradicionales, como el impuesto a la renta y el impuesto de industria y comercio.

Por su parte, el caso de Airbnb podría ser más problemático porque esta plataforma no tiene personería jurídica en Colombia, por lo tanto, aplicarle la nueva norma fiscal sobre impuesto al internet resulta casi imposible. La única forma de gravar la actividad es de forma indirecta a través de la retención en la fuente sobre los proveedores. Sin embargo, el nivel de informalidad en el cobro en el servicio de Airbnb impide una verdadera contribución fiscal. Por otro lado, el cobro del impuesto predial deberá pagarlo el propietario del inmueble directamente, y resultaría difícil incluir una cláusula al respecto en el contrato con Airbnb, teniendo en cuenta que este es de adhesión.

En otros países como Estados Unidos, no es tan fácil escapar el pago de tributos. El método que ha implementado la IRS (*Internal Revenue Service*) consiste en hacerle retención en la fuente a los conductores (Wood, 2014), método que podría parecerse a lo que la reforma tributaria estableció en Colombia. Muchos han propuesto introducir normas más estrictas en el régimen tributario de este país para evitar conflictos, sin violar la flexibilidad que marca el atractivo de estas plataformas (Tusk, 2017).

C) Derecho laboral y seguridad social

La relación laboral que puede darse entre los proveedores y las plataformas de economía colaborativa, así como el régimen de la seguridad social aplicable a esta, se ha convertido en un tema muy discutido que ha llevado a demandas y reclamaciones en los países en donde operan estas compañías.

El modelo operacional de estas plataformas, principalmente de aquellas en donde se prestan servicios como Uber, Taskrabbit y Craigslist, consiste en permitirle a las personas que cuentan con recursos inutilizados como su fuerza de trabajo o su automóvil, reincorporarlos al mercado y suplir la necesidad de un usuario. Si bien la mayoría de las compañías afirman ser meros intermediarios en las relaciones transaccionales entre usuarios y proveedores, siendo estos últimos contratantes independientes, en muchos casos esto se discute pues la intervención de la plataforma parece ser directa y activa, llegando a parecerse mucho a una relación laboral. El caso particular de Uber y de sus conductores ha sido muy problemático. Por un lado, los conductores son libres de decidir si trabajan o no y en qué horario, por lo que no habría entonces subordinación o dependencia. Por otro lado, sin los conductores, la compañía no podría adelantar su modelo de negocio, los conductores no podrían aumentar sus ingresos de no ser por el alza en la conducción, y el control ejercido por parte de la plataforma es directo pues no se limita a acercar a usuarios y proveedores, sino que los controla, monitorea e influencia activamente.

Para determinar la existencia de una relación laboral, en Estados Unidos se ha acudido a la aplicación de tests que analizan aspectos como el control ejercido por la plataforma en la actividad económica, la dependencia del proveedor de la plataforma para prestar sus servicios, la inversión por parte del proveedor, la duración de la relación de servicio, entre otros. Este tipo de criterios permite concluir que en efecto hay una dependencia laboral entre el proveedor y la compañía de economía colaborativa. Por otro lado, en el estado de California se aplica la presunción de que los conductores son empleados pues entre estos y

la plataforma se da una relación laboral de hecho (contrato de trabajo realidad). Sería la compañía, en cada caso concreto, quien deba entrar a desvirtuar la presunción por medio de los criterios de los tests (Laughlin, 2017).

La respuesta a la cuestión de la relación laboral tendrá importantes implicaciones en el régimen de seguridad social pues determinará quién debe realizar los aportes y en qué porcentaje, así como el tratamiento que debe dársele a los accidentes causados durante la prestación de estos servicios, es decir, si son de origen laboral o de origen común. Así mismo, determinar la relación laboral influye en el régimen de la responsabilidad civil, pues concluir que los proveedores de servicios en estos modelos económicos son trabajadores dependientes daría lugar en muchos países a la aplicación de figuras como la responsabilidad del empleador, en la que se presume su culpa en relación con las acciones y omisiones de sus subordinados, y como la responsabilidad directa de las personas jurídicas por los daños ocasionados por sus empleados (McPeak, 2016). No obstante, en Colombia esta responsabilidad también se extendería a los contratistas que no tienen vinculación laboral con la persona jurídica¹¹.

D) Protección de datos personales

El desarrollo de la tecnología y la implementación de estos modelos de negocio a través de plataformas digitales en la que usuarios y proveedores ingresan sus datos personales ha permitido que, por un lado, los operadores recauden grandes cantidades de datos personales, conocidos como Big Data, que resultan útiles para el desarrollo de su actividad y que, por el otro, estos datos sean compartidos y conocidos por los demás participantes involucrados en las transacciones.

¹¹ En la Sección II se desarrolla el concepto de responsabilidad de las personas jurídicas por hecho del empleado o contratista.

En relación con los datos que los usuarios y proveedores ingresan a la plataforma al momento de su vinculación, se ha cuestionado si su promulgación y libre conocimiento por parte de los demás actores podría generar una violación al manejo de datos personales e información reservada. Lo anterior se debe a que bajo el modelo de la colaboración, el factor confianza es determinante pues tanto usuarios como proveedores buscan conocer ampliamente quién es la otra parte en la relación contractual, lo cual se ha permitido a través de la publicación de los datos personales en los perfiles de los participantes y a través del sistema de calificaciones establecido en cada una de las plataformas (Katz, 2015).

Al respecto se han presentado algunos casos que han generado debate, principalmente en plataformas como Uber y Airbnb, en donde usuarios o proveedores quedan con la información del otro participante, conociendo en muchos casos su lugar de residencia y número telefónico, lo cual les permite contactarlos incluso después de haber prestado el servicio. Lo anterior puede llevar a situaciones de inseguridad para las partes. A nivel global no existe una normativa referente a la protección de datos personales, por lo que son los Estados quienes deben tomar precauciones al respecto¹².

Por otra parte, el hecho de que estas plataformas tengan una gran cantidad de información, incluyendo datos sensibles¹³, los provee de cierta ventaja comparativa frente a los prestadores tradicionales, lo cual puede afectar negativamente al consumidor y al mercado en general si una plataforma dominante decide extraer más datos de los deseados por los consumidores y usarlos para prácticas anticompetitivas. Sin embargo, autores como Geradin y Koopmans creen que la legislación existente sobre protección de datos personales y las prohibiciones de su uso inadecuado puede aplicarse a estas plataformas. Frente a un conflicto, bastaría con

¹² Únicamente la Unión Europea ha hecho propuestas de regulación transnacional en relación con la protección de datos personales a través del Reglamento General de Protección de Datos de 2016.

¹³ Según la Ley Estatutaria 1581 de 2012, los datos sensibles son aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, por ejemplo, aquellos que revelan el origen racial o étnico de una persona.

acudir a las obligaciones contractuales para responsabilizar a la plataforma por no cumplir con el buen uso de la información de los usuarios (Codagnone, Biagi, & Abadie, 2016), teniendo en cuenta la ley aplicable y la jurisdicción competente, lo cual puede presentar problemas por las distintas normativas sobre protección de datos personales. Eventualmente, habría que acudir a un arbitraje internacional para solucionar la controversia contractual.

E) Protección al consumidor

La cuestión de cómo proteger al usuario en un régimen con tan poco control estatal involucra aspectos tan diversos como la confianza en el proveedor, la seguridad del producto o servicio, la calidad y calificación de este, los daños y la responsabilidad, el fraude, los datos y la privacidad, la regulación de precios, la resolución de conflictos y el manejo de la información.

Por un lado, la falta de protección a los datos personales de los usuarios, descrita anteriormente, se ha contrarrestado con las calificaciones reputacionales, que ayudan al éxito de la colaboración de las plataformas y a la seguridad de estos, pues constituyen un canal entre los agentes pasados, presentes y futuros. Sin embargo, también pueden ser abusadas y proveer información falsa o incompleta.

Otra preocupación son los estándares de seguridad, que varían no solo entre los distintos países en los que estas plataformas operan, sino también a nivel local, pues en temas de transporte, turismo, urbanismo, contribuciones fiscales y restauración, los municipios tienen una amplia competencia normativa. Por ejemplo, las cocinas privadas que ofrecen participación en una cena hecha en casa a través de una plataforma (Kitchen Surfing o EatWith) no tienen licencias ni chequeos de higiene como los tiene un restaurante; Airbnb y Uber no se responsabilizan directamente por las medidas de seguridad del apartamento o automóvil, de la misma forma como lo podría hacer un hotel o un taxi. Tampoco parece clara la aplicación de garantías al consumidor como la devolución del precio y la responsabilidad

por productos defectuosos. Con todo, se hace necesaria una normativa que aumente la protección a los usuarios de estas plataformas (Codagnone, Biagi, & Abadie, 2016).

Por otro lado, en las plataformas colaborativas no hay una legislación específica que les imponga el “deber de no discriminación”, que en países como Estados Unidos es un requisito para casi todo tipo de negocios y mediante el cual se impide que se le niegue un bien o servicio a un usuario por cuestiones de raza, sexo, religión o estrato social (Codagnone, Biagi, & Abadie, 2016).

Estas preocupaciones por la protección al usuario van estrechamente ligadas a la cuestión de si aplicar en estos casos el régimen de protección al consumidor desarrollado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y en virtud del cual se busca otorgar una protección especial al agente del mercado que se encuentra en una situación de debilidad o inferioridad y que puede resultar perjudicado y vulnerado en sus derechos durante el ejercicio de la actividad económica, a causa de las asimetrías de seguridad e información.

En el caso colombiano, la protección al consumidor se encuentra reglada por la Ley 1480 de 2011. Surge la pregunta de si esta normatividad aplicable a las relaciones de consumo lo sería también para las relaciones derivadas de las economías colaborativas. El modelo busca asegurarle al consumidor, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad o debilidad frente al proveedor o productor, ciertas garantías y seguridades que le permitan el ejercicio de sus derechos en la relación sin que estos se vean afectados por su falta de información o situación de desventaja.

Según el Estatuto del Consumidor, el régimen de protección es aplicable a las relaciones de consumo entre un proveedor profesional/comerciante y un destinatario final del mercado, quien adquiere el bien o servicio para la satisfacción de una necesidad y no para la reincorporación en la cadena de producción o distribución. Como se ha planteado anteriormente, en las relaciones de colaboración no son muy claras ni definidas las posiciones de consumidor y de proveedor comerciante en las transacciones, no se presenta una situación

de inferioridad de quien adquiere los bienes o servicios e incluso, en la mayoría de los casos, el proveedor o productor no cuenta con la calidad de profesional o comerciante, propia de la relación de consumo. Esto se debe a que el modelo de las economías colaborativas funciona en torno a las relaciones P2P o entre iguales, en las que no se presenta una situación de desigualdad que amerite una especial protección. Lo anterior trae como consecuencia que no se haya determinado la necesidad de aplicar la protección especial consagrada en la Ley 1480 de 2011 y, por ende, figuras como la responsabilidad por productos defectuosos, garantías, reversión del pago, limitación de las cláusulas abusivas, entre otros.

Así mismo, surge un debate alrededor de la calidad misma de consumidor de quien utiliza los bienes o servicios adquiridos para la satisfacción de sus necesidades y obtención de un provecho económico a través de una plataforma colaborativa. Esto se debe a que las plataformas alteran la línea entre el proveedor y el consumidor, pues quien compra un bien, como un vehículo, puede volverse proveedor de un servicio sin perder su calidad de consumidor y de particular. Si se convirtiera en comerciante podría perder muchas de las protecciones que le corresponden como consumidor. Las consecuencias de este debate se ven reflejadas en la aplicación del seguro de responsabilidad civil de particulares, que casi siempre tiene en sus exclusiones los accidentes en ejercicio de una actividad profesional o comercial y, en ese sentido, no cubriría los accidentes de un conductor de Uber en su automóvil particular.

F) Responsabilidad civil

La noche de año nuevo del 2013 en San Francisco, un conductor de Uber causó en un accidente la muerte de una menor de seis años. Los padres de la niña demandaron al conductor y a Uber, pero el primero no estaba asegurado y el segundo alegó falta de responsabilidad por ser el conductor un contratista independiente y por no haber una verdadera actividad concreta del conductor en la aplicación al momento del accidente (estaba buscando pasajeros, pero no transportándolos). En Estados Unidos, Uber y Lyft (también involucrado en accidentes como el narrado) siguen autodenominándose como plataformas en

línea y no como prestadores de servicio de transporte. Tanto es así que incluyen en sus términos y condiciones una cláusula de exclusión de responsabilidad.

Podría pensarse que de todas las externalidades negativas que generan las plataformas colaborativas, en especial las de servicios de transporte, la más grave es la inseguridad durante la prestación del servicio junto con la falta o insuficiencia de aseguramiento de los conductores y vehículos. Algunos sectores, como las autoridades de transporte, consideran que se les debe someter al mismo estándar de preparación e inspección de los otros servicios comerciales para luego cerrar la brecha del aseguramiento y proponen aplicar al conflicto el principio del deber indelegable de operar de manera segura, lo cual rompería la exclusión de responsabilidad.

Por su parte, los arrendamientos a corto plazo también generan externalidades negativas como el ruido, las perturbaciones a los vecinos, la toma de espacio de parqueaderos y la exclusión de las propiedades del mercado de arrendamientos a largo plazo. La responsabilidad y el aseguramiento también se ponen en duda y exigen algún nivel de intervención regulatoria pero las plataformas como Airbnb continúan argumentando que son simples intermediarios que proveen un servicio de *matching*. Este problema puede extenderse a las plataformas de comida, que dicen solo proveer servicios de conexión y no de restauración, por lo que escapan normas que buscan proteger a los consumidores frente a un posible daño y encontrar a su responsable. Es difícil determinar entonces cómo estas actividades deberían asegurarse pues están en el limbo entre un seguro individual y uno comercial (Codagnone, Biagi, & Abadie, 2016).

El conflicto radica en que no es claro si usuarios o terceros perjudicados por un daño causado en el desarrollo de la actividad económica de las plataformas podrían hacerle la reclamación de responsabilidad civil no solo al proveedor directamente responsable, sino también a la compañía de economía colaborativa. Esta última se está lucrando del mercado, teniendo así el control del riesgo y la mayor capacidad económica en esta relación tripartita, pero se excusa alegando que presta un servicio de simple intermediación.

En Estados Unidos se han propuesto soluciones regulatorias, partiendo de que cada Estado federado deberá tener en cuenta su contexto particular y, sobre todo, de que las plataformas colaborativas no pueden regularse en bloque, sino que debe hacerse un análisis caso por caso y asunto por asunto (Katz, 2015).

Debería entonces tomarse una posición respecto de a quien hacer responsable frente a los daños ocurridos. Muchos autores optan por la plataforma por estar en la mejor posición para controlar la conducta de las otras partes. Se proponen tres tipos de regulación (Katz, 2015).

En primer lugar, una regulación escalonada para proveedores, a través de normas flexibles, permite darles más libertad a los proveedores casuales y ser estrictos con los proveedores profesionales. Así, se desincentiva el abuso de la plataforma a través de medidas como, por ejemplo, la graduación del tipo de licencia que se exige dependiendo del número de horas que operan (Katz, 2015).

En segundo lugar, se propone una responsabilidad limitada de intermediario para las plataformas. Pueden establecerse deberes afirmativos en casos en que la plataforma ejerza suficiente control y exista un riesgo alto para usuarios y proveedores. Por ejemplo, es más sencillo exigirles a las plataformas de transporte controlar el número de horas sin descanso de sus conductores que sancionar directamente a estos últimos. Cuando la plataforma no tenga en control suficiente sobre la actividad, se aplicaría un sistema de advertencias (*noticed-based system*) de cuyo incumplimiento responderían las plataformas si omiten actuar ante quejas o solicitudes de monitoreo (Katz, 2015).

En tercer lugar, se plantea la posibilidad de imponer deberes a terceros con el fin de reducir las externalidades que pueden afectarlos. Así, a las plataformas se les exigiría adoptar un sistema de solución de diferencias con terceros para que estos puedan reportar malas conductas de proveedores y usuarios, aplicando el deber de advertencia en el que la plataforma está obligada a responder a los reportes. También puede haber remedios limitados

como el reembolso de daños, la eliminación de la cuenta del ofensor o el deber de la plataforma de informar a terceros sobre quiénes son los usuarios, como en el caso de los vecinos de un Airbnb (Katz, 2015).

Otro autor sugiere tres posibilidades para la responsabilidad por daños de las plataformas colaborativas de acuerdo con la normativa y jurisprudencia de Estados Unidos, sin crear nuevos modelos jurídicos. Por un lado, podría hacerse responder a la compañía bajo la teoría de la responsabilidad por el hecho ajeno de las personas jurídicas. Por otro lado, la *Joint Enterprise Liability* haría que quienes adelantan y se benefician de una misma actividad asuman los riesgos que ésta genere. Finalmente, la teoría de la indelegabilidad de ciertas funciones llevaría a que, en el caso de Uber, delegar la obligación de seguridad en el contrato de transporte, considerada indelegable, a los conductores, comprometa la responsabilidad de la compañía (McPeak, 2016).

3) Regulación de las economías colaborativas en otros Estados

La discusión de las economías colaborativas ha tenido una gran evolución en los últimos años y se ha infiltrado en el Derecho, la Economía, los medios de comunicación y la política. Este trabajo no pretende hacer una investigación exhaustiva sobre los avances (o retrocesos) jurídicos que han tenido estas compañías en todo el mundo. Lo que se busca es dibujar el panorama general, enfocándose en las principales plataformas y en los Estados más importantes en relación con el sistema jurídico colombiano y con la economía mundial. Para ello, se eligió a Uber y Airbnb como las compañías que más han crecido y que han impactado en los últimos años las regulaciones de muchos Estados.

En primer lugar, se parte de Estados Unidos como la economía más grande del mundo, pero también como el lugar donde nacieron estas plataformas y como un referente importante para los legisladores de otros Estados. En segundo lugar, se analizan los principales países de Europa: Francia por ser su legislación civil semejante a la colombiana, España por la cercanía cultural y jurídica con Colombia, Alemania por su importancia económica, Reino Unido por

ser el referente principal del sistema jurídico del *Common Law*, y la Unión Europea como representante de un continente donde el turismo es fundamental y, por lo tanto, la cuestión de estas plataformas es primera en la agenda. Finalmente, se estudian algunos casos de América Latina: Chile también por la semejanza de su código civil con el colombiano, Argentina por tener un código civil nuevo que aborda realidades jurídicas postmodernas, Brasil por la importancia de su economía y México por ser pionera en la regulación de estas plataformas.

De este análisis, pueden identificarse tres tendencias principales. En primer lugar, Estados Unidos, lugar de origen de muchas plataformas colaborativas y amigo de la autonomía privada por excelencia, inició otorgándoles una gran libertad, pero poco a poco ha empezado, de estado en estado, a regular ciertos aspectos que comprometen el orden público, afectan negativamente a los usuarios o llevan al desorden ciudadano. También ha sido la academia estadounidense quien se ha preocupado por teorizar, sistematizar y proponer soluciones regulatorias.

En segundo lugar, los países europeos, encabezados por la Unión Europea, tienden a regular de forma restrictiva estas nuevas plataformas, incluso en ocasiones prohibiéndolas por completo, como fue Uberpop en su momento. Aunque favorecen el modelo colaborativo puro, como es el caso de Blablacar y de Couchsurfing, tienen normativas estrictas en los sectores inmobiliario y de transporte, por ser Estados donde el turismo es al mismo tiempo un gran motor de la economía y una amenaza para los ciudadanos europeos. Para Airbnb, los límites temporales para arrendar y el registro obligatorio, y para Uber, las restricciones en la modalidad del servicio y la calidad intrínseca de compañía de transporte, son algunas de las medidas impuestas por las autoridades nacionales y regionales, quienes han procurado no esperar más tiempo para entrar a regular estas nuevas plataformas.

En tercer lugar, los estados latinoamericanos se han ido por dos vías. Por un lado, muchos han ignorado esta nueva realidad por el mayor tiempo posible, dejándolo como un sector irregular de la economía, visto por muchos como ilegal, y causando una gran confusión

jurídica y política que ha llevado a protestas violentas y a grandes cuestionamientos ante las plataformas. Por otro lado, algunos estados como México y Brasil han optado por enfrentar el problema, desde una perspectiva favorecedora de la innovación por ser un incentivo a la economía local y un promotor del turismo. Así, actualmente hay varios proyectos de ley en otros estados latinoamericanos en trámite que buscan una regulación que no restrinja demasiado la actividad de las plataformas colaborativas, sin dejarlo al arbitrio de la informalidad.

Al respecto, el Banco Interamericano de Desarrollo publicó un estudio llamado “Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe” en el que concluyó que las economías colaborativas ayudarán a la región a superar la desigualdad y la informalidad laboral (Buenadicha, Cañigüeral Bagó, & De León, 2017). El Banco Interamericano de Desarrollo recomienda adaptar la normativa actual a esta nueva realidad sin restringir la innovación y generar políticas públicas diferenciadas para cada tipo de plataforma.

A) Estados Unidos

Ante el surgimiento de las plataformas colaborativas en San Francisco, los reguladores de cada Estado estadounidense han intentado adaptar la normatividad existente. No obstante, algunas plataformas colaborativas pueden estar operando legalmente sin una reforma legislativa específica y otras lo hacen ilegalmente, por presumirse que les aplica el régimen tradicional. El hecho de ser un Estado federal ha dificultado en gran medida la expedición de una legislación unificada al respecto (por el momento, no existe ninguna norma ni jurisprudencia a nivel federal sobre el tema). Sin embargo, pueden identificarse dos tendencias principales que han ido cambiando a través del tiempo y de los distintos Estados federados. Algunas jurisdicciones, en lugar de regularlas directamente, han optado por prohibirlas, sin mucho éxito en la práctica. Otras otorgan licencias temporales o establecen requisitos normativos que las plataformas deben cumplir para operar de manera formal. No

obstante, cualquiera sea la opción que se tome, el reto de su aplicación se mantiene (Katz, 2015).

Ante el vacío legislativo, muchas plataformas violan normas locales. Aunque en el sector turístico y hotelero se presente una tendencia a permitir el desarrollo de estas actividades, se les exige cumplir ciertos requisitos como el registro de los espacios disponibles y ofrecidos, la recolección de impuestos, la garantía de unos estándares mínimos de seguridad e infraestructura y la atención a las normas de convivencia y ciudadanía. Por ejemplo, los arrendamientos a corto plazo (menos de 30 días) están prohibidos expresamente en varias jurisdicciones. Hasta octubre de 2014, San Francisco los prohibía hasta que decidió permitirlos, exigiéndoles a los residentes un permiso especial, cuya obtención resultó ser difícil y costosa. En New Orleans el concejo municipal ha venido restringiendo más y más el alquiler a corto plazo sin licencia. En Nueva York se ha presentado una regulación especial, permitiendo el funcionamiento de la plataforma, pero prohibiendo el alquiler de inmuebles a corto plazo sin que el poseedor del bien se encuentre presente. El *New York Multiple Dwelling Code* clasifica en distintas categorías los inmuebles y establece a qué pueden destinarse. Este mismo método se aplica en Los Ángeles donde muchas zonas de la ciudad no permiten el uso de los inmuebles para Airbnb (Katz, 2015).

Por su parte, los TNC (*Transportation Network Entities*) suelen entrar en la categoría de vehículos contratados (*for-hire vehicles*) a la que se le aplican muchas normas locales sobre taxis. Se han presentado decisiones aisladas en varios Estados que establecen tratamientos diferenciados del mismo supuesto. Algunas cortes los han declarado ilegales pues no cumplen con dichas normas de operación. En Florida, las autoridades locales aclararon en 2015 que a los conductores TNC les aplican las normas de los taxistas. Por su parte, Nevada y Oregón han suspendido las actividades de esta compañía en su jurisdicción por no cumplir con las normas vigentes. En Alaska, una orden judicial declaró en 2014 que Uber solo podía ofrecer servicios de transporte compartido gratuito. En Virginia y Memphis, las autoridades les han ordenado a estas plataformas el cese de operaciones (*cease and desist orders*) sin mucho éxito (Katz, 2015).

Sin embargo, en varios Estados, los TNC han negociado con las autoridades y adquirido licencias temporales. En Carolina del Norte se han regulado las compañías de transporte, exigiendo a los conductores de Uber la adquisición de una licencia administrativa anual y un seguro, y el cumplimiento de ciertos requisitos. Lo mismo ha sucedido en California en donde las exigencias se centran principalmente en la adquisición de un seguro (Katz, 2015).

Así, poco a poco los Estados y ciudades han intentado legalizar, al menos de manera parcial, los TNC y los alquileres a corto plazo, a través de normativas expresas (nuevas o previamente existentes). En el caso de los alquileres, las restricciones incluyen tiempo de duración, mapas geográficos, arriendos máximos por año, límites de ocupación, deberes en cabeza de los arrendadores (proveer los parqueaderos adecuados, notificar a los vecinos de la llegada de huéspedes y responder por inconvenientes causados por estos). Nuevos regímenes han impuesto incluso pagos especiales a los hospedantes e inspecciones de seguridad. Por su parte, muchos estados han creado una nueva categoría para los TNC. Colorado, Chicago y el distrito de Columbia tienen ya legislación especial que incluye requisitos de un seguro mínimo, inspecciones regulares, chequeos de antecedentes al conductor, deber de no discriminación para pasajeros con discapacidades, registro y licencia del vehículo, requisito de marcas o distintivos físicos y limitaciones a incrementos de precios (Katz, 2015).

Ahora bien, para la aplicación de la regulación o de la prohibición en cada Estado o ciudad, surgen dos decisiones en cuanto al control y la responsabilidad de estas plataformas, que cada jurisdicción debe tomar a la hora de regularlas. En primer lugar, surge la opción entre perseguir a los proveedores o a las plataformas, ante la causación de un daño o la violación de una norma. Lo primero requiere mayor esfuerzo mientras lo segundo exige identificar el canal o entidad responsable. En segundo lugar, debe decidirse si el régimen será de aplicación pública o privada, aunque normalmente se opta por la primera dado el interés general implicado. Sin embargo, los actores privados (propietarios, conductores, pasajeros, taxistas) representan una alternativa para el control de estas economías a través de las acciones legales pertinentes. Muchos autores argumentan que es más conveniente limitar la intervención

pública lo máximo posible y dejar que sean los agentes privados quienes controlen la actividad a través de vías judiciales y extrajudiciales ya existentes (Katz, 2015).

B) Europa

En Francia, desde 2006 surgieron estas discusiones con la plataforma Blablacar. Se trata de la aplicación modelo del *covoiturage* (uso compartido de automóvil), exportada a muchos países de Europa. Constituye el 1.6% del desplazamiento de larga distancia en Francia y una opción sostenible y amigable con el medio ambiente para transportarse dentro del país y el continente. Ha sido vista como una práctica beneficiosa tanto por el Estado como por la población en general pues facilita el acceso a la movilidad para todos y la reducción de la congestión y de las emisiones de CO₂. Sin embargo, ha generado polémica alrededor del asunto de la remuneración. En los últimos años, tanto las cortes como el legislativo han definido la cuestión.

La Ley 2014-58 sometió el *covoiturage* al control de las autoridades de movilidad y definió por primera vez el término, afinado luego por la Ley del 17 de agosto de 2015. Esta introdujo en el Código de Transporte francés su artículo L3132-1, que define *covoiturage* como la utilización en común de un vehículo terrestre a motor por un conductor y uno o varios pasajeros, a título no oneroso, exceptuando la división de los costos, en el contexto de un desplazamiento del conductor por su propia cuenta. Su relacionamiento para este fin, llevado a cabo por la plataforma, puede hacerse a título oneroso y no entra en el campo de las profesiones definidas en el artículo L.1411-1.2 (en el que se define que en el campo de aplicación del código están los comisionistas y los auxiliares de transporte).

Si se cumple con esta definición, el servicio no generará impuesto, según la reforma tributaria de agosto de 2016. El conductor debe contar con un seguro mínimo de responsabilidad civil que cubra daños a terceros. Si el conductor no respeta la regla de la no onerosidad del servicio, estará ejerciendo una actividad profesional, con todas las implicaciones tributarias, civiles e incluso penales.

La polémica ha girado alrededor de los taxis y de los VTC (*Véhicule de Tourisme avec Chauffeur/Véhicule de Transport avec Chauffeur*) pues muchos han querido beneficiarse de este régimen. La ley francesa ha sido fuerte con los *covoiturage* falsos, imponiéndoles sanciones. Uno de los casos más célebres fue Uberpop. Se trata del servicio de Uber que empezó en Francia en el 2014. Uber tomaba el 25% de cada trayecto mientras que los conductores no tenían cobertura a la seguridad social ni declaraban renta, no eran controlados por autoridad alguna ni figuraban en registros de profesionales. Así, el servicio de Uberpop se suspendió en 2015 por ser declarado ilegal por el Consejo Constitucional y condenado a una multa de 800.000 euros por prácticas comerciales engañosas (Ministère de la Transition écologique et solidaire, 2017).

En el 2014, se incluyó en el Código de Transporte una definición expresa de VTC como explotadores que ponen a disposición de su clientela uno o varios vehículos de transporte con chofer, en las condiciones fijadas ex ante por las partes (artículo L.3122-1). Se hizo todo un capítulo que reguló la inscripción en el registro de VTC, los pagos, requisitos técnicos, y dejó abierto el tema para que otras autoridades lo regularan. En el año 2015 se expidió la Ley Thévenoud aclarando que los VTC hacen parte del sector transporte y no del sector turismo, lo cual implica que deban someterse a todo un grupo de normas distinto, exigente y restrictivo, y que actúen como iguales en el mercado a los medios de transporte tradicionales. Se restringe el funcionamiento de estos vehículos, limitando su servicio a los casos en donde hay una reserva con antelación y exigiendo ciertos requisitos como la certificación profesional, la solvencia del conductor y el cubrimiento por un seguro. La Ley Grandguillaume, que entró en vigencia en enero de 2018, amplió este marco normativo. Lo problemático es que todas estas leyes establecen requisitos más estrictos para los taxis y más flexibles para los VTC, aunque estos últimos tienen el límite del requisito de reservación para poder recoger a sus pasajeros. El debate ha llegado a las altas cortes quienes han ido determinando el alcance de cada una de las disposiciones legales.

Lo más problemático es que muchos consideran que Uber no entra en la categoría de VTC y por lo tanto escapa esta normativa, dado que sus conductores no son profesionales. Uber argumenta que, de aplicárseles, la Ley Thévenoud violaría la libertad de empresa (Bayart, 2015). En conclusión, el debate en Francia sigue vigente y todas las entidades estatales (judiciales, legislativas y ejecutivas) se han involucrado activamente en el mismo.

Por su parte, el tema de los alquileres de inmuebles en Francia no se ha quedado fuera de la discusión. Desde el 2015, se le han venido exigiendo requisitos a los Airbnb para su operación. En París se debatía el hecho de que más de 20.000 inmuebles que debían mantenerse como residencias se estaban usando para alquilar a turistas de manera comercial. Hacia 2017, se impusieron multas que ascienden al millón de euros a propietarios que arrendaban “ilegalmente” sus inmuebles por medio de Airbnb (Errard, 2017).

A finales de 2017, por decreto de la región Île de France, se les permitió a las localidades exigirles a los Airbnb registrarse para poder operar, especialmente para los arriendos de corta duración (Reuters, 2017). Los inmuebles residenciales no podrán superar los 120 días al año de estar arrendados. París adoptó este registro obligatorio y está ahora controlando que los arrendamientos no superen el límite temporal, pues la ciudad está siendo ocupada por el turismo, el cual no les deja espacio a los residentes para habitar. El objetivo es desenmascarar aquellos que en realidad están ejerciendo una actividad profesional a través de la plataforma (Souben, 2017).

Por su parte Alemania, al ser un Estado federal, tiene distintas normativas dependiendo del *länder* o Estado federado. Berlín prohibió del todo el arriendo turístico a través de Airbnb, aunque en el resto de Alemania esté permitida esta plataforma, bajo el cumplimiento de parámetros relativos al número de días y turistas hospedados (Knight, 2016). En cuanto a las plataformas de transporte, el tribunal de Fráncfort las prohibió en el 2014 por no garantizar la seguridad de los pasajeros al generar la circulación de vehículos y choferes sin verificación, licencias ni pólizas de seguros. Desde 2015, en todo Alemania se prohibió ofrecer servicios con choferes que no tengan licencia para llevar clientes. Solo en Berlín y Múnich hay una

oferta reducida de Uber. En Hamburgo, Düsseldorf o Fráncfort, Uber se retiró porque no había suficientes conductores con la licencia requerida para automóviles de alquiler (Ulrich, 2017).

En Madrid, Uberpop tuvo que interrumpir sus servicios por la sentencia que decidió sobre una medida cautelar impulsada por el gremio de taxistas. Al volver a operar en 2016, con el servicio de UberX, la compañía establece que sus conductores son profesionales (no particulares como lo eran en Uberpop) con licencia de VTC, funcionando ahora bajo el mismo modelo de Cabify. (Esteve, 2016). La justicia española, sin embargo, recibió más denuncias por parte del gremio de taxistas, pero no quiso fallar de manera definitiva hasta saber el pronunciamiento del Tribunal Europeo del 20 de diciembre de 2017.

En cuanto a Airbnb, esta plataforma ha recibido críticas por irregularidades en toda España, como la inclusión de pisos que carecen de licencia, el re-alquiler turístico sin conocimiento del propietario, el fraude fiscal y la economía sumergida. El 55% de estas viviendas son de propietarios con más de un piso, es decir, que empiezan a hacer de esto una actividad profesional (Doncel, 2018).

Barcelona optó por un sistema de licencias e impuso una multa de 600.000 euros a Airbnb por incumplir con ciertos requisitos. Madrid está ultimando la norma adoptada ya en París del límite temporal de 90 días al año. En diciembre de 2017, el Consejo de Ministros radicó un proyecto de ley para la regulación del alquiler de piso turístico que obliga a Airbnb a determinar a las personas que ponen su vivienda en alquiler, identificar las viviendas mismas y revelar el precio del alquiler, información que debe consagrarse en un informe periódico. Esto con el fin de hacer el cobro tributario que les corresponda (Hill, 2017). El problema de estos comienzos de normativa es que han hecho que se reduzca el número de particulares que usan la plataforma por sus beneficios colaborativos e incentiva a que los comerciantes, con más capacidad de asumir riesgos y costos legales, se aprovechen del sistema.

En el Reino Unido¹⁴, en 2015 Uber fue declarado legal por el Tribunal Supremo al no constituir práctica de competencia desleal el hecho de establecer sus precios por GPS y no por taxímetro (Castillo, 2015). En Londres, Uber contaba con 40.000 conductores y 3.5 millones de usuarios. Sin embargo, *Transport for London*, el organismo regulador del transporte en Londres, negó en septiembre de 2017 la renovación de licencia otorgada desde 2012, necesaria para la operación de Uber en la ciudad, por no considerarlo “adecuado y correcto”, dado que no obtenía certificados médicos y de antecedentes penales apropiados ni colaboraba correctamente con las autoridades locales en el cumplimiento de sus deberes. Además, la preocupación más grande en relación con Uber que tiene la ciudadanía se trata de las agresiones sexuales por parte de los conductores (Guimón, 2017). Uber apeló esta decisión y, mientras el Tribunal decide al respecto, podrá seguir prestando sus servicios (Morales, 2017).

En el condado de Essex, se ha dado una evolución innovadora y distinta a todos los demás lugares. En sistema de salud inglés está en crisis por la falta de camas, por lo que las autoridades han ideado un plan piloto llamado NHS Airbnb, por medio del cual se utilizan camas disponibles en apartamentos de particulares para los pacientes en recuperación de una cirugía. A cambio de un pago de 50 euros por noche, los dueños de los inmuebles atenderían a los pacientes durante su recuperación. Sin embargo, esto no se llevaría a cabo a través de la plataforma Airbnb sino por medio de una compañía emergente inglesa llamada Care Rooms (Alonso, 2017).

En el sector hotelero, Reino Unido aplica altos impuestos a los establecimientos hoteleros, pero permite exenciones fiscales para los propietarios o las pequeñas empresas que alquilan habitaciones. Por esto, Londres ha implementado, como las otras ciudades europeas, la limitación temporal, en su caso de 90 días al año. Airbnb prevé una pérdida de 400 millones de dólares por esta medida (Sustacha, 2017).

¹⁴ Por el momento, el Reino Unido sigue siendo parte de la Unión Europea, por lo tanto, le aplicará la jurisprudencia y normativa de la Unión.

La regulación de las plataformas colaborativas de estos Estados se ve fuertemente determinada por el camino que elija la Unión Europea. Por el miedo a la invasión turística, las ciudades europeas principales le han pedido a la Unión que regule el servicio de Airbnb, especialmente en cuanto a la transparencia de la información, al cumplimiento de la ley y al pago de tributos (Villanueva, 2018). Desde febrero de 2017, se han llevado a cabo en Bruselas reuniones para analizar el futuro de estas plataformas y establecer principios para legislar este sector. La Comisión Europea ha presentado propuestas para regular el contrato de trabajo de los proveedores en estas plataformas (Semprún, 2017). Las directivas de la Unión protegen al consumidor al imponerle deberes al anfitrión comerciante. La compañía misma Airbnb, en su página web, alerta a sus proveedores que, si ejercen la actividad de arrendar inmuebles cumpliendo las características para ser comerciantes, deben cumplir requisitos estrictos en su operación.

La reacción de Uber en los países en los que ha visto limitado su funcionamiento ha sido argumentar que se presenta una violación de la legislación europea relativa a la libre prestación de servicios y al comercio digital, bajo la teoría de que estas plataformas son meros intermediarios en las relaciones transaccionales entre usuarios y proveedores/productores, y no agentes del sector del transporte.

Al respecto, la sentencia C 434-15 del 20 de diciembre de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido una gran repercusión en el tema. El Tribunal calificó a Uber como una plataforma del sector del transporte y no como un mero agente digital que presta servicios electrónicos de intermediación. Uber “crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano”. Indica la sentencia que la plataforma es indispensable para ambas partes de la relación de transporte e influye en las condiciones de la misma. Esto ha llevado a que en países como España se comiencen a aplicar las normas

existentes, relativas al sector del transporte y en consecuencia se sancione a la plataforma por su incumplimiento.

Además, el Tribunal instó a los Estados miembros a que determinaran las condiciones laborales, fiscales y de responsabilidad frente al usuario de la prestación de esos servicios, sin salirse del marco establecido por esta sentencia (Abellán & Muñoz, 2017). Este fallo ha generado gran discusión y se espera que las autoridades europeas empiecen a hacer más pronunciamientos en relación con los distintos tipos de plataformas colaborativas.

C) América Latina

Actualmente en Chile se está trabajando en un proyecto de ley para regular las plataformas digitales de transporte, mediante el cual se pretende modificar la Ley de Tránsito vigente. Con este proyecto se busca establecer parámetros y exigencias para que estas compañías de economía colaborativa, como los son Uber y Cabify, presten sus servicios en las mismas condiciones que los taxistas (Estrada, 2017). Para esto pretenden limitar el número de vehículos en circulación mediante un concurso público, exigir que los conductores cuenten con licencias de conducción profesional y seguros obligatorios de responsabilidad civil (por tratarse de una actividad riesgosa que en países como Colombia implica responsabilidad objetiva), y restringir el mecanismo de pago del servicio al uso de la tarjeta de crédito. En enero de 2018 se aprobó por parte de la Comisión de Transporte de la Cámara de Diputados el funcionamiento de plataformas como Uber y Cabify bajo el cumplimiento de las normas y limitaciones señaladas (El Mercurio, 4 de enero de 2018).

En cuanto al servicio prestado por plataformas como Airbnb, no existe en el momento una normativa específica del tema. No obstante, se plantea que el ejercicio de esta actividad puede implicar el incumplimiento de normas municipales o nacionales relativas al sector hotelero y turístico. Por lo anterior, el funcionamiento de esta plataforma se ha convertido en un tema de discusión y ha llevado a que la misma compañía se pronuncie al respecto afirmando estar dispuesta a regular su oferta en el país (Financial Times, 2 de junio de 2016).

Por su parte, en Argentina se ordenó el 29 de diciembre de 2017 el bloqueo total de las plataformas colaborativas, tanto sitios web como aplicaciones móviles, que buscan contactar a conductores y usuarios con el fin de impedir su funcionamiento en el país. La anterior fue una decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que ha considerado que estas plataformas, particularmente Uber, prestan un servicio de transporte y no de simple intermediación, y es por esto que se deben acoger a la normatividad que rige dicho sector. Es una decisión problemática pues puede ir en contravía de la libertad y neutralidad de las plataformas de internet, y con el sistema federal de Argentina, dado que se trata de una medida adoptada por una autoridad judicial de Buenos Aires, que terminará afectando la prestación del servicio de las compañías en las demás jurisdicciones (El Tiempo, 12 de febrero de 2018).

En el sector hotelero y turístico, al igual que en los demás países de América Latina, se presentan protestas y reclamaciones por parte de los actores tradicionales que se ven perjudicados por la falta de normativa sobre el alojamiento u hospedaje compartido. Actualmente en Argentina, a pesar de que el crecimiento de plataformas como Airbnb ha sido significativo, no se cuenta con una legislación para este modelo de negocio. Si bien la compañía Airbnb ha manifestado estar dispuesta a colaborar en la recaudación de impuestos y en la implementación de normas, no ha habido un pronunciamiento al respecto por parte de las autoridades (Ventura, 2017).

Es importante resaltar que el Congreso de Argentina promulgó en el 2014 un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en donde se adaptan y actualizan las normas sobre las relaciones entre privados. A pesar de ser el código más reciente del continente americano, este no se pronuncia respecto a las economías colaborativas o su modelo de negocio.

En el caso de México es importante resaltar el avance en Ciudad de México pues la capital se convirtió en el 2017 en la primera ciudad latinoamericana en regular las plataformas de Uber y Airbnb. Ante las protestas y problemáticas que se estaban presentando en relación

con estos modelos de economía, particularmente con estas dos compañías, el gobierno decidió llegar a acuerdos con estas para regular el ejercicio de su actividad económica dentro de la ciudad. Por un lado, se promulgó el Reglamento de la Ley de Movilidad en 15 de septiembre de 2017 de la Jefatura de Gobierno de México D.F., en el que se establecen los requisitos de operación del denominado “transporte de pasajeros privado especializado con chofer”, dentro de los cuales están realizar el registro correspondiente ante la autoridad competente, la adquisición de seguros de responsabilidad civil obligatorios, la contribución a un fondo común por los ingresos reportados destinado a mejorar el sistema de taxis, contar con vehículos que cumplan ciertas características de seguridad y comodidad, entre otros.

En el tema puntual de los seguros, en octubre de 2017 Uber anunció su nueva alianza en México con las aseguradoras Sura, para México DF, y Axa, para el resto del país. Este cubrirá daños a terceros causados mientras el conductor esté conectado a la aplicación, daños a usuarios ocasionados desde que ingresan hasta que descienden del vehículo, daños materiales o robo total durante el viaje por la aplicación, gastos médicos de usuarios, conductores y terceros afectados desde que se acepta la solicitud de viaje hasta que este se termina (El Sol de México, 16 de octubre de 2017).

Igualmente, a partir del 2017 se reguló la actividad informal del hospedaje compartido que, bajo plataformas como Airbnb, estaba generando problemas dentro de México. En vista de que los actores del sector hotelero se ven sometidos a fuertes cargas tributarias, se buscó llegar a un acuerdo con estas plataformas y así lograr un convenio de colaboración fiscal en la región. Lo anterior significa que si bien no se ha entrado a regular específicamente la materia, sí se ha desarrollado el tema de la tributación por parte de estas plataformas, lo que da pie a que se considere como lícita y permitida su actividad y que en un futuro puedan determinarse los demás aspectos de los que hoy no se tiene mucha claridad (Fariza, 2017).

Por último, en Brasil, segundo mercado más grande de Uber luego de Estados Unidos, actualmente se adelanta un proyecto de ley que busca regular la actividad de las plataformas del sector del transporte. En este proyecto se les da el mismo tratamiento de las compañías

regulares de taxis y no se les trata como meros intermediarios en las transacciones entre usuarios y proveedores (Forbes, 7 de noviembre de 2017). Así mismo, este proyecto busca exigirles a los conductores de Uber ser dueños de sus vehículos, utilizar las mismas matrículas de los taxis y adquirir un seguro de responsabilidad civil; y a la compañía, establecer beneficios laborales en favor de los prestadores del servicio. Todo esto ha generado gran controversia en el sector y ha llevado a que las compañías rivales se unan para ejercer presión en el Congreso y así obtener una normativa más laxa y favorable (Eduardo, 2017).

En cuanto al tema del hospedaje o alojamiento compartido, en Brasil no se ha presentado una oposición tan marcada por parte del sector hotelero. Sus representantes han indicado que no se oponen a que los anfitriones compartan su hogar, pero que sí rechazan la utilización de inmuebles vacíos para su explotación y alquiler (Turdera, 2017). Actualmente, ciudades como Sao Paulo se encuentran en proceso de implementar una regulación similar a la adoptada en Ciudad de México y así establecer el régimen de tributación aplicable a estas plataformas y a sus usuarios. Por ejemplo, se ha propuesto aplicarles a estas plataformas una tasa de intermediación del 2% o 3% cuya destinación sería auxiliar a personas sin vivienda (Portafolio, 14 de mayo de 2017).

SECCIÓN II: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS EN COLOMBIA

Luego de haber planteado todo el contexto actual de las economías colaborativas en el mundo, así como los problemas jurídicos que surgen con su implementación, analizaremos el tema particular de la responsabilidad civil en Colombia, enfocándonos en las plataformas de Uber y Airbnb, por ser las que han tenido un mayor desarrollo en el país.

Para ello, comenzaremos por exponer un panorama general del desarrollo que han tenido estas plataformas en el país, en relación con las distintas autoridades competentes, y la

regulación normativa sobre el sector al que pertenecen (transporte u hotelero). Luego, abordaremos la responsabilidad civil en Colombia, con sus regímenes generales y especiales para finalmente analizar cuáles de estas instituciones resultan aplicables y/o adaptables al modelo colaborativo de Uber y Airbnb.

1) Regulación de Uber y Airbnb en Colombia

A) Uber¹⁵

Las normas básicas sobre el transporte en Colombia están comprendidas en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996. Mediante esta última se crea el Estatuto de Transporte que concibe el transporte como un servicio público esencial, en el que debe primar el interés general sobre el particular. El Decreto 171 de 2001 reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi, en el cual se incluyen definiciones de transporte público y privado. Finalmente, el Decreto 348 de 2015 regula el servicio público de transporte terrestre automotor especial.

A pesar de ser un sector tan intervenido, el caso de Uber en Colombia no es muy distinto al de la mayoría de los países del subcontinente. Las plataformas colaborativas no se encuentran reguladas y aún no hay pronunciamiento de las altas cortes en relación con su legalidad o ilegalidad. La discusión se ha centrado en la pregunta de si Uber es una compañía de transporte o un simple intermediario tecnológico.

Según el certificado de existencia y representación, Uber Colombia S.A.S. es una persona jurídica con domicilio en Bogotá, que llegó a Colombia en el 2013, cuya sociedad matriz es Uber Technologies Inc., la cual ejerce control indirecto sobre la primera (subordinada) a

¹⁵ En este trabajo hablaremos del transporte de personas que facilita Uber, sin referirnos al transporte de cosas, por ser el primero la actividad más común de la plataforma.

través de las sociedades Uber International C.V, Uber International B.V y Uber International Holding B.V (ver anexo 1).

El objeto social de Uber Colombia S.A.S. consiste en “realizar cualquier actividad comercial o civil lícita, en Colombia o en el extranjero, incluyendo pero sin limitarse a: a) actividades de prestación de servicios de mercadeo y promoción; b) servicios de apoyo a terceros en temas logísticos y otras actividades administrativas; c) actividades de prestación de servicios de asesoramiento, orientación, y asistencia operativa a personas y empresas; d) servicios de apoyo generales a terceros locales o extranjeros”. Según esto es clara la posición de la compañía: el servicio que prestan no está aparentemente relacionado con el sector transporte.

Sin perjuicio de lo anterior, se han presentado conceptos y pronunciamientos por parte de autoridades como el Ministerio de Transporte (Mintransporte) y el Ministerio de las Tecnologías de la Información (Mintic), cuyas posiciones son contrarias. Por un lado, el Mintransporte se ha opuesto al funcionamiento de estas plataformas y las ha calificado como ilegales, incluso solicitando a través de una acción popular su bloqueo. Por otro lado, el Mintic ha sostenido que cualquier plataforma puede operar en el país salvo que su funcionamiento esté prohibido por el Congreso. En cuanto a las superintendencias, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha favorecido en sus conceptos la innovación en el sector transporte pues considera que garantiza la libre competencia. En cambio, la Superintendencia de Transporte (Supertransporte) ha sido reacia al desarrollo de Uber, imponiéndole multas y ordenándole suspender la promoción de su servicio (Semana, 9 de mayo de 2016).

Por su parte, la rama judicial ha sido tímida en el tema. La Corte Constitucional se pronunció frente a las acciones de tutela interpuestas por algunos conductores de Uber, quienes solicitaban la regulación de su actividad, y rechazó sus peticiones por considerar que la tutela no era el mecanismo procedente en ese caso (Ámbito Jurídico, 15 de enero de 2018). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró nulo en junio de 2017 el proceso contra

Uber, en el que el Mintransporte pedía medidas cautelares para bloquear la plataforma (El Tiempo, 12 de febrero de 2018).

El Mintransporte insiste en que ya hay reglamentaciones al respecto, como la Ley 1753 del 2015 que crea el transporte de lujo individual, la cual se implementó a través del Decreto 2297 del 2015 y de la Resolución 2163 del 2016. No obstante, no es muy claro si esta normativa sí resulta aplicable a las plataformas colaborativas de transporte pues establece que el transporte de lujo regulado es un servicio público prestado por empresas habilitadas, a través de conductores igualmente autorizados y por medio de vehículos que cumplen ciertas características especiales. Lo anterior se aleja claramente del modelo colaborativo adoptado por la plataforma en virtud del cual quien presta el servicio puede ser cualquier individuo y no necesariamente un conductor profesional (Semana, 9 de mayo de 2016).

Sin embargo, la SIC respondió a este decreto del Mintransporte (cuando era solo un proyecto de decreto) a través de Concepto del 26 de noviembre de 2015 de Abogacía de la Competencia, en el cual abordó la descripción de la regulación actual, el análisis económico del mercado impactado con la norma propuesta y su posición frente al tema desde la perspectiva de la libre competencia. Así, su análisis se enfoca en el servicio de transporte terrestre de pasajeros en su modalidad individual en vehículos taxi, regulado en el Decreto 1079 de 2015. La definición allí consagrada de este tipo de servicio de transporte permite interpretar que es aplicable únicamente a los taxis. Las compañías y personas naturales que ejerzan esta actividad deben estar habilitadas y registrar sus vehículos para dicho propósito a través de la vinculación (incorporación de un vehículo al parque automotor de una empresa de transporte público).

La SIC argumenta que muchas veces el servicio de taxi en Colombia no cumple con los principios de eficiencia, seguridad, oportunidad, economía y libre competencia establecidos en el Decreto 1079. Plantea que, desde la perspectiva del consumidor, el mercado actual se encuentra ante una situación de demanda no atendida o atendida pero insatisfecha. Así, las

recurrentes quejas de los usuarios de taxis, los problemas de seguridad y el abuso en el cobro de las tarifas cuestionan el cumplimiento de los principios regulatorios del sector.

Este problema genera varias fallas del mercado como la asimetría de la información, que se traduce en problemas de seguridad, expectativa insatisfecha del estado del vehículo, desconocimiento de aptitudes de manejo, abuso de tarifas y negativa a prestar el servicio; problemas de coordinación entre el taxista y el pasajero, lo cual lleva frecuentemente a un servicio insatisfecho y una distribución ineficiente de la oferta; y distorsiones ocasionadas por la regulación, pues la restricción en las licencias causa que quienes ya las tienen se permitan un cierto nivel de ineficiencia y surja un mercado informal de cupos.

Luego de plantear estas críticas al sector taxista, la SIC hace referencia a nuevas empresas que median la relación entre proveedores y usuarios del servicio de transporte a través de aplicaciones móviles. Para esta entidad, dichas aplicaciones han logrado resolver eficazmente los problemas expuestos y construir un nuevo producto en el mercado, pues permiten conocer los datos del conductor, planificar rutas, contratar tarifas dinámicas, dividir el precio, calificar a la contraparte y conocer en tiempo real la disponibilidad del servicio. Desde su entrada al mercado, se ha generado una dinámica competitiva al darle a los usuarios más alternativas. Así, funcionan bajo un sistema de auto-regulación efectivo y atienden una demanda no cubierta (o cubierta pero insatisfecha). El Concepto cita a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Internacional (OCDE) quien incluye a estas plataformas en las innovaciones disruptivas pues llevan a una reestructuración de un sector específico, generando nuevos productos, procesos, modelos de negocio e incluso nuevos mercados. Este efecto beneficia a los consumidores dado que se crea un mercado como sustituto superior al uso del carro particular y al de los taxis tradicionales, se reduce el precio de los automóviles y se genera una disyuntiva para los taxis entre seguir prestando el servicio tradicional y afiliarse al nuevo mercado de las plataformas.

A continuación, la SIC analiza la libre competencia en el proyecto de decreto del Ministerio, el cual buscaba vincular las TIC a la normativa del sector transporte y orientar la

competencia. No obstante, la SIC encuentra que algunas de sus disposiciones podrían ir en contra de sus propósitos. En relación con el riesgo de accidentes dice la SIC:

Llama la atención que, en la mayoría de los casos citados, los vehículos no se encuentran calificados satisfactoriamente en materia de seguridad para los pasajeros en caso de una colisión, lo que obviamente debería ser una característica inherente a un servicio de lujo.

El Concepto concluye que el proyecto de decreto, aunque persiga una finalidad en pro de la competencia, podría tener un efecto contrario al restringir la oferta y la demanda de los servicios de nivel básico y de lujo, y al crear barreras de acceso al mercado. Esto acentuaría las fallas del mercado ya existentes y podría llevar al aumento de la oferta informal. La limitación a las plataformas de transporte en cuanto a no poder ofrecer el servicio directamente al usuario podría inhibir innovaciones que resuelvan las fallas del Estado.

En contraposición, la Supertransporte ha sido más reacia a estas nuevas plataformas. En 2015 le impuso una multa de 451 millones de pesos a Uber por facilitar la prestación de servicios ilegales. En 2016, le ordenó a la compañía dejar de prestar y promocionar su servicio y el de los terceros conductores (Semana, 31 de agosto de 2016). En agosto de 2017, esta entidad dejó en firme otra sanción de 344 millones de pesos por incumplir dicha orden (Sala de Prensa de la Superintendencia de Transporte, 2017).

Con el fin de obtener más información acerca de la situación jurídica de Uber en Colombia, enviamos derechos de petición a la SIC, a la Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco), al Mintransporte y a la Supertransporte sobre las quejas y reclamos presentadas ante estas entidades en relación con Uber¹⁶. Únicamente se recibió respuesta de la SIC, quien nos compartió el caso con radicado 204867 del 2017, proceso en fase preliminar, dentro del cual

¹⁶ Los derechos de petición fueron enviados el 13 de febrero de 2018 por medio de la página web de cada entidad. Fenalco, la Supertransporte y el Mintransporte no emitieron respuesta alguna.

se formuló solicitud de complemento de información a Uber Colombia S.A.S. con el fin de verificar el cumplimiento de las normas del Estatuto del Consumidor (ver anexo 2).

Este proceso administrativo fue iniciado por un apoderado de la Supertransporte quien denunció que Uber, Cabify, Easy Taxi y Smart Taxi violan los derechos de los consumidores por no ofrecer información comprensible, idónea y precisa y por permitir una prestación irregular del servicio público de transporte terrestre. Solicitó se concediera medida cautelar consistente en ordenar a los proveedores del servicio de internet el bloqueo temporal del acceso a estas plataformas y se investigara y sancionara a los responsables de las obligaciones contempladas en el Estatuto del Consumidor. A pesar de no pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar, la SIC ha requerido a todas estas plataformas para que aporten gran parte de la información que la Supertransporte aduce que ocultan.

Finalmente, en el Congreso se han radicado varios proyectos de ley que buscan regular el servicio de transporte particular a través de plataformas tecnológicas. Ninguno de estos ha pretendido su prohibición sino, al contrario, la promoción y regulación de un servicio de calidad, eficiente, a favor de los consumidores y que apoye la iniciativa privada. Establecen requisitos de licencias y habilitación, registros obligatorios, límites de tarifas, autoridades competentes de inspección, vigilancia y control, entre otras exigencias. Sin embargo, la mayoría de estos proyectos han sido archivados por tránsito de legislatura. Hoy hay solo dos que siguen en trámite en el Congreso: el Proyecto de Ley No. 22 de 2016, por medio del cual se incluye la economía colaborativa digital (ECD) en Colombia, que se encuentra en segundo debate; y el Proyecto de Ley No. 198 de 2016, por medio de la cual se crea el servicio privado de transporte y su intermediación a través de plataformas tecnológicas, que únicamente ha sido radicado y publicado (Congreso Visible, 2018).

B) Airbnb

El sector del turismo y hotelero en Colombia, así como el contrato de hospedaje, se encuentran regulados por el Decreto 1074 de 2015, mediante el cual se expide el Decreto

Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. En su artículo 2.2.4.1.1.12 se establece que los prestadores de servicios turísticos, dentro de los cuales se encuentran las viviendas turísticas y otros tipos de hospedaje no permanente, deben inscribirse en el Registro Nacional de Turismo (RNT) para poder adelantar esta actividad en el territorio colombiano. Así mismo, se les exige contar con una tarjeta de registro hotelero para llevar el control de las personas que ingresan y salen de los lugares de hospedaje. Como sanción a la no inscripción en el RNT, la Ley 300 de 1996 establece multas de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

En esta normativa se hace referencia al concepto de vivienda turística que en muchos casos podría comprender la actividad adelantada a través de la plataforma Airbnb. La vivienda turística es definida en la Ley como un bien inmueble cuya tenencia se entrega para uso por parte de una o más personas, a título oneroso, por un lapso inferior a treinta días calendario, en forma habitual. Según esta regulación, se permite el servicio de vivienda turística en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal siempre y cuando se permita en los reglamentos de la copropiedad. De lo contrario, el administrador de la propiedad horizontal tiene la obligación de informar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Mincit) la operación de viviendas turísticas sin autorización. La entrega de la tenencia de los inmuebles calificados como viviendas turísticas se hace a través de un contrato de hospedaje, regulado en la Ley 300 de 1996. Se trata de un contrato de arrendamiento de carácter comercial y de adhesión, celebrado por una persona dedicada a esta actividad para prestar alojamiento a otra persona, denominada huésped, por un plazo inferior a 30 días. Lo anterior es considerado como un servicio turístico similar a la actividad hotelera que debe registrarse ante el RNT.

Teniendo en cuenta la regulación anterior, si bien dentro de esta pareciera encajar la actividad de Airbnb, no queda claro si el contrato de hospedaje en vivienda turística únicamente puede ser celebrado por un comerciante dedicado profesionalmente a esta actividad, o si por el contrario puede hacerlo un particular que desea hospedar a alguien en su casa de forma no habitual, caso común en el modelo colaborativo de Airbnb. Así mismo, no se encontrarán

comprendidos en esta regulación los contratos de hospedaje que superen los 30 días, los cuales son perfectamente posibles a través de esta plataforma.

Algunos de los críticos de Airbnb señalan que, a pesar de que en Colombia el turismo ha aumentado en un 46% en 2017, la ocupación de camas de hotel se mantiene constante, contradicción atribuida a los alojamientos informales (El Tiempo, 1 de octubre de 2017). El mismo Mincit ha denominado esta actividad como “parahotelería” y ha llevado a cabo brigadas de formalización para controlarla, incluso cerrando algunos establecimientos (El Tiempo, 24 de octubre de 2017).

Es así como desde el 2016, el Mincit ha estado en conversaciones continuas con Airbnb para llegar a un acuerdo acerca de la regulación que debe aplicárseles. Según la Asociación Hotelera y Turística de Colombia (Cotelco) la plataforma funciona como un intermediario de viajeros, algo así como una agencia de viajes, que debe someterse a la misma normativa de los hoteleros tradicionales. A mediados del 2017, se anunció la primera medida para regular el alojamiento compartido de las plataformas como Airbnb, orientada a reglamentar el ejercicio de la actividad por parte de los operadores turísticos que se beneficiaban de la plataforma para promocionar sus servicios. Como resultado de un acuerdo entre el Mincit y Airbnb, el primero ordenó a los operadores turísticos a inscribirse en el RNT so pena de incurrir en sanciones y multas. También indicó la necesidad de regular el tema de los impuestos y tributos, así como la obligación de la plataforma de incluirlos en el precio final de sus servicios. A lo anterior, Airbnb dio respuesta de forma positiva, señalando estar dispuesto a colaborar con el Gobierno en la regulación de la plataforma en el país (El Tiempo, 7 de agosto de 2017). Sin embargo, se trata de un simple pronunciamiento del Mincit, sin tener consagración normativa expresa, y no deja muy claro quiénes deben adelantar el trámite del RNT y cuáles serían las sanciones en caso de incumplimiento.

En cuanto al tema de la contribución fiscal, a la fecha no se ha presentado ningún pronunciamiento concreto. No obstante, la Ley 1101 de 2006, por medio de la cual se regula la contribución parafiscal para la promoción del turismo, indica que tanto las viviendas

turísticas y los otros tipos de hospedaje no permanente, así como los terceros que realicen labores de intermediación entre arrendadores y arrendatarios de estas viviendas, son aportantes de esta contribución.

Con el fin de obtener información sobre la situación jurídica, se enviaron derechos de petición a la SIC, a la Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco) y al Mincit sobre las quejas y reclamos presentadas ante estas entidades en relación con Airbnb¹⁷. Únicamente se recibió respuesta de la SIC, quien negó haber recibido queja alguna contra Airbnb (ver anexo 2).

2) Régimen general de la responsabilidad civil en Colombia

Con este panorama claro, se abordará directamente la problemática sobre la responsabilidad civil en las plataformas colaborativas, específicamente en Uber y Airbnb. Como ya se anunció, este asunto requiere de un análisis especial e independiente de los otros problemas jurídicos que surgen con estas plataformas dado que la responsabilidad civil es una institución fundamental para la convivencia en sociedad, la protección del individuo y el incentivo del desarrollo y la innovación.

Para abordarlo, es necesario recordar las partes involucradas en las transacciones que nacen bajo el modelo de economía colaborativa¹⁸. Dependiendo de la perspectiva, es decir, desde cuál de las partes se haga el análisis, la evaluación de la responsabilidad civil variará. Así, si se parte del usuario, surge la pregunta de si se trata de un consumidor y, por lo tanto, si goza de las protecciones que tiene este frente a los daños que le cause un comerciante. Si se parte del proveedor, hay que analizar si siempre se toma como particular o si tiene la calidad de comerciante al ejecutar una actividad profesional de forma habitual y continua. Finalmente, si se parte de la plataforma, entra la cuestión fundamental de si son meros intermediarios

¹⁷ Los derechos de petición fueron radicados el 13 de febrero de 2018 a través de la página web de las entidades. Fenalco y el Mincit no emitieron respuesta alguna.

¹⁸ Ver Sección 1, literal C sobre las partes en las economías colaborativas.

tecnológicos o si realmente juegan un papel activo en la transacción, volviéndose prestadores del servicio y asumiendo una relación directa con las otras partes involucradas.

Un accidente automovilístico, un daño a los bienes de un apartamento, un robo durante un trayecto en carro, una perturbación del vecindario, la causación dolosa de daños corporales por parte de un conductor o de un pasajero, un mal manejo de los datos personales que le cause un daño al usuario de una plataforma colaborativa, un mal funcionamiento de la plataforma digital, un accidente por los bienes de un inmueble que resulten defectuosos, riesgosos o en mal estado, son algunos de los supuestos que comúnmente darían lugar a una eventual responsabilidad civil por parte de cualquiera de los sujetos que intervienen.

La lista de posibles escenarios en los cuales se cause un daño en el desarrollo de las actividades que estos modelos propician es infinita. Es el día a día el que irá alertando sobre los riesgos que existen, ante los cuales surgirán discusiones alrededor de la responsabilidad civil. ¿La responsabilidad es contractual o extracontractual? ¿Debe someterse al régimen general o puede encajar en regímenes especiales como el del Estatuto del Consumidor? ¿Podrían entrar disposiciones específicas sobre el contrato de transporte, de arrendamiento o de hospedaje? ¿Podría aplicárseles a las plataformas una responsabilidad civil directa por hechos de sus empleados o contratistas? ¿Cuál es el papel de los seguros? ¿Cuáles son las obligaciones contractuales implícitas de las plataformas? Son muchos los interrogantes que componen una posible solución jurídica a la problemática de la responsabilidad civil en las plataformas colaborativas, pero el más importante es si la normativa colombiana al respecto brinda los elementos suficientes para solucionarla o si, en cambio, requiere adaptaciones o modificaciones.

A) Responsabilidad contractual

i. Contratos relativos al transporte

El **contrato de transporte** se encuentra regulado en los artículos 2070 a 2078 del Código Civil; esta es una normativa sencilla referida a las relaciones con un particular que no ejerce la actividad de transportador de forma habitual y profesional. Además, es subsidiaria a las reglas especiales de cada tipo de transporte contempladas en las normas comerciales.

El artículo 20 del Código de Comercio indica que son mercantiles “las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados”. El contrato comercial de transporte de personas está regulado en los artículos 981 a 1007 del Código de Comercio¹⁹. Arrubla Paucar lo define este contrato así:

El contrato de transporte terrestre de personas es aquel por el cual una empresa transportadora asume frente a una persona denominada pasajero, la obligación de trasladarla a un lugar determinado con anterioridad, mediante el pago o promesa de pago de un precio en dinero, llamado porte o flete, corriendo de forma profesional los riesgos inherentes a tales actos (Arrubla Paucar, 2015).

De la definición anterior se desprenden los elementos esenciales de este contrato. En primer lugar, los sujetos son la empresa de transporte y el pasajero. El transportador asume la obligación profesional de trasladar al pasajero, con licencia de la autoridad administrativa. Dicho permiso, junto con los demás requisitos formales, no constituye un elemento esencial pues, a falta de este, el contrato sigue siendo válido. De acuerdo con el artículo 9 del Estatuto de Transporte y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 2014 con MP

¹⁹ Adicionalmente, dado que se trata de un sector altamente intervenido por varias entidades, deben tenerse en cuenta normas como la Ley 105 de 1993, la Ley 336 de 1996, la Ley 769 de 2002 y el Decreto 1079 de 2015.

Gustavo Enrique Malo²⁰, nada obsta para que el transportador sea una persona natural que ejerce el transporte bajo el esquema de empresa (actividad económica organizada). Sin embargo, no puede por ello concluirse que un conductor sea empresa de transporte. Por su parte, el pasajero no solo es quien acuerda el transporte sino todos aquellos que sea beneficiarios del contrato, es decir, quienes van a ser materialmente transportados.

En segundo lugar, el objeto del contrato es, por un lado, el transporte de los pasajeros de un lugar a otro sanos y salvos y, por otro lado, el precio como su contraprestación. El carácter oneroso y la obligación de seguridad del transportador son pues esenciales al contrato de transporte.

Según el artículo 992 del Código de Comercio, las obligaciones del transportador son de resultado pues “sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña (...) Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos”. De esta norma se deriva la obligación de seguridad en cabeza del transportador, quien debe responder por cualquier daño que puedan sufrir los pasajeros durante la ejecución del contrato. Así lo establece el artículo 1003 del Código:

El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de este. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran

²⁰ La Corte se pronuncia sobre el accidente de tránsito en el que un vehículo afiliado a Mototransportar S.A. le causó la muerte al conductor de otro vehículo. Esta empresa fue condenada a indemnizar a las víctimas indirectas. La Corte hace un recuento de la normativa de transporte, según la cual “el servicio de transporte puede ser prestado por particulares (personas naturales o jurídicas), siempre y cuando se encuentren organizados en empresas” habilitadas y cumplan ciertos requisitos formales. En el caso concreto, se trata de una persona jurídica que tenía la guarda material de la actividad, por lo cual responde por los daños ocasionados. La afiliación del vehículo no es suficiente para que sea responsable.

en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato²¹.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 ya citado establece una solidaridad legal entre la empresa de transporte y el conductor del vehículo²². La empresa transportadora terminará siendo la responsable del daño ya sea por el régimen contractual, pues es quien ostenta la calidad de deudor de las obligaciones inherentes al contrato de transporte, o por el régimen extracontractual, pues es quien tiene la guarda efectiva de la actividad peligrosa, dependiendo de si los daños se causan a pasajeros o a terceros, en su persona o bienes.

Cada vez más se le han brindado beneficios a la víctima demandante, por medio de cambios legislativos y jurisprudenciales que tienden a hacer de esta una responsabilidad más objetiva, que podría llegar a considerarse incluso como un sistema de seguridad social a favor de las víctimas de accidentes de tránsito (Tamayo Jaramillo, 2007).

El Decreto 1032 de 1991, comprendido hoy en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, reglamentó el Seguro Obligatorio de Accidentes de Transporte (SOAT) y estableció claramente su cobertura. Esta se limita a los daños corporales (no incluye los materiales ni los morales) y su único beneficiario es la víctima directa o sus herederos por acción hereditaria. Para Javier Tamayo no se trata de un seguro de responsabilidad civil sino de un seguro de accidentes pues no está sujeto a la existencia de sentencia condenatoria, según el artículo 194 del Estatuto Financiero, no admite prueba de causa extraña por parte del

²¹ Desde el punto de vista probatorio, el efecto de ambas acciones (contractual y extracontractual) es el mismo pues solo exonera la causa extraña, aunque puede haber diferencias teóricas, más que prácticas, en cuanto a las posibles cláusulas limitativas de la responsabilidad y a los términos de prescripción. Sin embargo, los jueces tienden a tomar por no escritas las cláusulas limitativas de la responsabilidad cuando se trate de daños corporales.

²² Esta norma se reitera en el Decreto 172 de 2001 y las Leyes 105 de 1993, 769 de 2002 y el Decreto 1079 de 2015.

asegurador, ni da lugar a una acción de subrogación contra el responsable (Tamayo Jaramillo, 2007).

Para los daños que exceden el límite del SOAT, puede haber un seguro de responsabilidad civil, que es obligatorio para los transportadores. Subsidiariamente, debe aplicarse el régimen general extracontractual de la actividad peligrosa para víctimas indirectas y terceros, y el régimen especial del contrato de transporte para la contractual (para pasajeros o sus herederos). En este último caso, se aplica el régimen contractual en el que la obligación principal del transportador es conducir a las personas sanas y salvas al lugar convenido.

Otro contrato relevante dentro de esta actividad es la **comisión de transporte**, contemplado en los artículos 1312 y 1316 del Código de Comercio, en donde se incorpora una persona denominada comisionista de transporte o expedidor en la relación contractual. En virtud de este contrato, el comisionista se obliga, en su nombre y por cuenta de quien requiere un servicio de transporte, a contratarlo y hacerlo ejecutar, así como las operaciones conexas a este servicio. De lo anterior se deriva que en esta relación hay dos contratos: uno de comisión entre el pasajero y el comisionista, y uno de transporte entre transportador y el comisionista, quien actúa por cuenta del pasajero (Arrubla Paucar, 2015).

Aunque parezca ser un mero intermediario (se considera un mandato no representativo), el comisionista de transporte asumirá las mismas obligaciones del transportador, en relación con el pasajero; y las del remitente²³, en relación con el transportador. Así, debe estar presente hasta que se ejecute la totalidad de las obligaciones del contrato de transporte y responderá por su incumplimiento como si fuera la parte que incumple. Así lo reiteró la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 16 de diciembre de 2010 con MP Arturo Solarte²⁴:

²³ El remitente es la parte que en el transporte terrestre de cosas entrega los efectos al transportador para que los traslade de un lugar a otro.

²⁴ La Corte Suprema en este caso de incumplimiento de un contrato de comisión de transporte de mercancías, en el que la sociedad mandataria demanda al transportador y al comisionista por los perjuicios derivados del

“El comisionista de transporte es, en consecuencia, un mandatario especializado en la contratación del servicio de transporte para terceros, y con terceros”, negocio del cual “surgen diversos vínculos. Por un lado, el que se traba entre el comitente y el comisionista, con fundamento en la comisión de transporte propiamente dicha, y por otro, el que liga al comisionista con el tercero con el cual celebra el contrato cuya estipulación se le encomendó, que es una relación de transporte en estricto sentido (...). Los deberes de prestación que contrae para con el comitente (remitente o pasajero), van entonces desde la concertación del transporte a la que el encargo se contrae, hasta velar porque llegue a buen término.

Este contrato implica un régimen de responsabilidad particular en caso de incumplimiento. Por un lado, permite al pasajero dirigirse contra el transportador o contra el comisionista, en virtud de un vínculo contractual, así él no tenga en estricto sentido la calidad de parte en el contrato celebrado con el transportador. Por otro lado, le permite al transportador, rompiendo la simetría del mandato sin representación, accionar directamente contra el comisionista o contra el pasajero. Estas acciones serían de responsabilidad contractual. Finalmente, el artículo 1316 establece que una misma persona no podrá ser al tiempo comisionista de transporte y transportador.

Como lo señala Tamayo Jaramillo, de este contrato se derivan dos tipos de obligaciones. Por un lado, el comisionista responde por las obligaciones del transportador (obligación de transportar, de seguridad y demás) y, por el otro, por aquellas derivadas directamente de su calidad de comisionista o mandatario como, por ejemplo, celebrar el contrato, requerir pólizas de seguro y presentar las reclamaciones por defectos en la prestación del servicio.

incumplimiento, analiza esta figura contractual para concluir que el comisionista puede ser responsable de la no entrega de las mercancías transportadas.

Además, el comisionista tiene autonomía en la escogencia del transportador, lo cual hace su régimen de responsabilidad más estricto y exigente (Tamayo Jaramillo, 1996).

ii. Contratos de intermediación o colaboración

Tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio la intermediación se consagra como la figura general a través de la cual las personas se obligan a gestionar intereses ajenos, con o sin representación. Dentro de esta categoría pueden identificarse los contratos de representación, mandato, comisión, preposición, agencia comercial y corretaje.

El artículo 2142 del Código Civil describe el **mandato civil** como el contrato en virtud del cual alguien confía la gestión de uno o más negocios a otro que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo del primero. Según el artículo 1262 del Código de Comercio, el **mandato comercial** es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar actos de comercio por cuenta de otra, con o sin representación. Este es el contrato marco de la intermediación y sus normas aplican a gran parte de los otros contratos especiales. Para efectos del tema que nos ocupa, es relevante pues la **comisión de transporte** (ya descrita en el título i de este capítulo), que es un tipo de mandato, pues el comisionista se obliga a celebrar un negocio jurídico (contrato de transporte) por cuenta ajena.

La **comisión** simple es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena. Sus normas específicas están comprendidas entre los artículos 1287 y 1311 del Código de Comercio. El elemento que hace que un contrato sea comisión, y no un mandato cualquiera, es que el mandatario, llamado comisionista, se dedique profesionalmente a serlo.

Por su parte, la **agencia comercial** es aquel contrato por medio del cual “un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional,

como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”, según el artículo 1317 y siguientes del Código. Se encuentra también el **contrato de preposición**, el cual es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio en todo o en parte, regulado en los artículos 1332 y siguientes del Código.

Finalmente, el **contrato de corretaje**²⁵, contemplado en los artículos 1340 a 1346, no es como tal un mandato, pero sí implica una relación de intermediación. Es un contrato consensual a través del cual el corredor es aquel agente intermediario que pone en relación a dos o más personas con el fin de concretar la oferta y la demanda, y promover la conclusión de contratos civiles o comerciales, sin tener un vínculo de colaboración, dependencia, mandato o representación con las partes. La labor del corredor es preliminar y se basa en promocionar y concertar el negocio. En la legislación comparada, el corredor se identifica con el mediador²⁶ (Arrubla Paucar, 2015).

El corredor tiene derecho a una remuneración únicamente si el contrato que media se lleva a cabo; sin embargo, se admite que las partes estipulen la obligación de pagarla, aunque no se concluya el negocio. Además, está obligado a comunicarles a las partes todas las circunstancias que puedan influir en la celebración del negocio y a llevar registro de los negocios en que intervenga (con nombre y domicilio de las partes, fecha, precio, descripción de los bienes y remuneración). Tiene también obligaciones implícitas derivadas de la buena fe y lealtad contractuales, cuya violación podrá causar su suspensión en el ejercicio de corredor hasta por cinco años y, eventualmente, su inhabilidad definitiva (Arrubla Paucar, 2015).

²⁵ Este contrato es especialmente relevante para la siguiente subsección del trabajo, por lo que se profundiza más al respecto.

²⁶ En Alemania, se llama agente mediador a quien profesionalmente actúa de forma permanente como intermediario en la conclusión de negocios comerciales. En el derecho francés, *courrier* es el comerciante cuya profesión es aproximar a quienes quieren contratar.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de septiembre de 2016 con MP Margarita Cabello²⁷ profundiza en las obligaciones del corredor, estableciendo que:

(...) tiene, pues, una primera obligación consistente en desplegar sus esfuerzos para conseguir interesar a una tercera persona en el negocio que el proponente desea concluir, con la finalidad de relacionarlos, de ponerlos en contacto.

Además, pueden deducirse deberes de confidencialidad (prudencia, corrección e información), imparcialidad y de atender las instrucciones recibidas por el comitente. Por su parte, en cabeza de este último se genera la obligación de pagar la remuneración en tanto el negocio intermediado se celebre. Así, el contrato de corretaje existirá si hay una remuneración (naturalmente está condicionada a la celebración del contrato final, pero puede pactarse lo contrario) y una obligación de medios de poner en contacto a dos personas para que celebren un negocio, que es intrínsecamente preliminar. Sin embargo, las partes podrían pactar deberes adicionales que extiendan la labor del corredor hasta el periodo de ejecución, e incluso más allá, lo cual no desvirtúa el tipo de contrato.

Dado que este contrato no tiene más regulación, sus condiciones particulares dependerán de la voluntad de las partes. Así, el corretaje se someterá a estas normas y a las condiciones específicas del texto contractual. Es importante tener en cuenta que son las partes quienes celebran el negocio jurídico, incluso cuando sea el corredor quien actúe en representación de

²⁷ Una corredora inmobiliaria persona natural celebró contratos de corretaje con Subaru de Colombia S.A. y Carulla Vivero S.A. para la compraventa de finca raíz destinada a la vitrina de exhibición y alistamiento de los vehículos de la marca. La corredora demandó a ambas partes por la falta de pago de la comisión luego de concretado el negocio. La Corte define el contrato de corretaje (bilateral y consensual), las obligaciones y deberes de las partes. La Corte encontró que no se configuraron los elementos necesarios para el contrato de corretaje por falta de acuerdo de voluntades.

una de ellas. Este seguirá siendo un mero intermediario cuya función principal es poner en contacto a dos partes²⁸.

iii. Contratos relativos al arrendamiento del inmueble

El **contrato de arrendamiento** se encuentra definido en el artículo 1973 del Código Civil como aquel en el que las partes se obligan recíprocamente, una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado. Para que este contrato exista válidamente, se requiere un precio y una prestación que, para el tema que nos ocupa, consiste en entregar el goce de un inmueble.

El Código Civil determina varios supuestos en los que el arrendatario y arrendador podrán solicitar la indemnización de los perjuicios que les hayan causado durante la ejecución del contrato. Por un lado, el arrendatario podrá solicitar la indemnización de perjuicios al arrendador o a terceros cuando su derecho se vea turbado o cuando el mal estado de la cosa arrendada le impida hacer uso de ella. El arrendador, por su parte, podrá hacerlo cuando el arrendatario no le dé al bien la destinación acordada en el contrato o cuando no cumpla con su deber de conservar el inmueble, siendo responsable incluso por la culpa de su familia, huéspedes o dependientes.

Así mismo, en el Código se regula el régimen de las mejoras del arrendamiento y se establece que corresponde únicamente al arrendatario realizar y asumir el valor de las mejoras locativas, es decir, aquellas necesarias para la conservación del inmueble (las demás correrán por cuenta del arrendador). Finalmente, se consagra el derecho de retención en favor del arrendatario, consistente en la posibilidad de no ser expulsado o privado de la cosa arrendada cuando se le deba alguna de las indemnizaciones por parte del arrendador.

²⁸ La Ley 527 de 1999 sobre el comercio electrónico le da plena validez a los contratos electrónicos y a los mensajes de datos.

En relación con el contrato de arrendamiento que versa sobre un bien inmueble destinado a vivienda urbana, este tiene una regulación especial en la Ley 820 de 2003. Dado que se establece un término supletivo de duración de un año y se consagra el derecho a la prórroga del mismo, pareciera que las relaciones derivadas de estos contratos tienden a perdurar en el tiempo. Es decir, normalmente la intención es arrendar un inmueble para vivienda por un periodo más o menos largo y no solo por unos cuantos días. Para que surja un **contrato de vivienda urbana**, el inmueble arrendado debe ser de carácter urbano y debe destinarse a la vivienda.

Por otro lado, en la ley comercial también se regula el contrato de arrendamiento, cuando el arrendador es un comerciante dedicado a la actividad turística u hotelera. Si bien en este Código solo se contempla de manera directa el arrendamiento de local comercial, en relación con el arrendamiento de inmuebles para hospedaje, se hace remisión a la Ley 300 de 1996 (Ley General del Turismo). Conforme a lo establecido en su artículo 78, un establecimiento de hospedaje es el conjunto de bienes destinados a prestar el servicio de alojamiento no permanente inferior a 30 días, con o sin alimentación y servicios básicos, mediante **contrato de hospedaje**. Esta Ley lo define así:

Contrato de arrendamiento, de carácter comercial y adhesión que una empresa dedicada a esta actividad celebra con el propósito principal de prestar alojamiento a otra persona denominada huésped, mediante el pago del precio respectivo día a día, por un plazo inferior a 30 días.

Los elementos esenciales de este contrato, de acuerdo con la definición anterior, serían los sujetos, que son el empresario (desarrolla la actividad de hospedaje de forma profesional y habitual) y el huésped; el objeto, que es el alojamiento no permanente y el precio respectivo; y el término, que debe ser inferior a 30 días.

Para adelantar este contrato, la ley exige estar inscrito en el RNT y contar con la Tarjeta de Registro Hotelero pues el servicio de hospedaje es considerado una actividad turística. Sin

embargo, estos requisitos no son elementos de la esencia del contrato de hospedaje, sino simples exigencias administrativas cuya ausencia no vicia la validez del contrato. Así, un empresario no acreditado ante el RNT celebraría contratos de hospedaje válidos, aunque podría ser sancionado por la autoridad competente.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que, dependiendo del caso concreto, el arrendamiento podrá encontrarse regulado por normas diversas dependiendo de la calidad del arrendador, del término de duración del contrato y de la destinación que se le dé al bien inmueble.

B) Responsabilidad extracontractual

El concepto general de la responsabilidad jurídica hace referencia, según María Lorena Slebi Asela, a la obligación que surge a cargo de una persona de asumir las consecuencias legales de sus actos. Se tratará de una responsabilidad civil cuando una persona causó un daño a otra como consecuencia de un hecho ilícito. Su función principal consiste en reparar a la persona que sufrió el daño ya sea en su patrimonio o en su esfera de derechos, es decir, se busca restablecer la situación precedente a la causación del daño (Slebi Asela, 2010).

El ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un sistema dualista de responsabilidad civil, es decir, califica la responsabilidad como contractual o extracontractual dependiendo de si entre el agente causante del daño y quien lo sufre existe un vínculo previo derivado de un contrato válidamente celebrado. Si bien los efectos de esta clasificación podrían no ser tan significativos y parte de la doctrina ha tendido por la eliminación de la distinción, encontramos que el régimen de la responsabilidad contractual puede ser más regulado en virtud del contrato celebrado, incluyendo cláusulas limitativas de la responsabilidad y de la reparación, cláusulas arbitrales, términos de prescripción más cortos de las acciones, entre otros.

La responsabilidad contractual surge ante el incumplimiento doloso o culposo de una obligación contractual que causa un daño a la otra parte, es decir, se exige que entre el causante del daño y quien lo sufre se presente una relación jurídica previa derivada ya sea de un contrato o de una convención de la cual emanan derechos y obligaciones para ambos. Para que opere este tipo de responsabilidad se exige (i) que exista un contrato válidamente celebrado, (ii) el incumplimiento imputable de una obligación contractual, que podría darse por parte de uno de los dependientes del contratante, (iii) que se cause un perjuicio y, (iv) que se presente un vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el perjuicio causado (Castro, 2010).

Por su parte, la responsabilidad extracontractual se presenta cuando una persona incumple el deber general de cuidado y termina causándole un daño y perjuicio a otra, quien no se encontraba en la obligación de soportarlo. El daño causado por el agente en estos casos es la consecuencia de un encuentro ocasional con la otra persona y no se deriva de una relación contractual previa. La doctrina ha clasificado la responsabilidad civil extracontractual en directa o por el hecho propio, indirecta o por el hecho ajeno, por el hecho de las cosas y de los animales, y por actividades peligrosas, atendiendo a la imputación del hecho dañoso al agente²⁹.

i. Responsabilidad por el hecho propio

El artículo 2341 del Código Civil consagra la responsabilidad por los daños que de forma personal e inmediata un sujeto cause a otro. Como así lo indica Javier Tamayo Jaramillo, la responsabilidad por el hecho propio se fundamenta en la culpa como una infracción a un deber general de cuidado, el cual puede estar contenido en una norma de comportamiento expresa o tácita. En cada caso, la culpa del responsable debe ser probada y esta no se presume, pues el que sufre el daño o lo reclama es quien tiene la carga de probarla. El agente podría

²⁹ En este trabajo, no se abordará la responsabilidad por el hecho de las cosas, pues no es relevante para los casos concretos tratados.

exonerarse de la responsabilidad probando diligencia y cuidado o la existencia de una causa extraña o causal de justificación que rompa el nexo de causalidad o de imputación (Tamayo Jaramillo, 2007).

En relación con las personas jurídicas, tanto la jurisprudencia como la doctrina colombiana son pacíficas en aceptar que estas son directamente responsables por los daños causados por sus empleados o contratistas en el ejercicio de sus funciones, es decir, sostienen que la culpa personal de uno de los agentes de la compañía compromete de manera inmediata a la persona jurídica, quien debe responder directamente por los daños y perjuicios que se hayan causado, según lo estableció la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 1962 con magistrado ponente (MP) José J. Gómez³⁰, y lo ha reiterado desde entonces. Para que se configure la responsabilidad de la persona jurídica se exige que el daño sea causado por una persona vinculada a la compañía, no necesariamente a través de un contrato de trabajo, y durante el ejercicio de las funciones propias del agente. En consecuencia, la víctima debe demostrar la culpa del agente, y que este causó el daño en el ejercicio de sus funciones o para que así se comprometa de manera directa la responsabilidad de la persona jurídica, quien podría exonerarse demostrando diligencia y cuidado por parte del agente; que el agente no se encontraba en el ejercicio de sus funciones; que el causante del daño no era un agente de la persona jurídica o una causa extraña, ya sea fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero.

³⁰ Un camión del Cuerpo de Bomberos de Bogotá atropelló a unos transeúntes, quienes aludían la responsabilidad del Municipio por haber causado un daño en ejercicio de sus funciones oficiales. La Corte condenó a la entidad y se pronunció sobre la responsabilidad directa de las personas jurídicas, estableciendo que estas responden por los hechos de sus empleados cometidos con culpa, “por ser los actos de los agentes, sus propios actos”.

i. Responsabilidad por el hecho ajeno

El Código Civil en su artículo 2347 dispone que toda persona es responsable no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Este tipo de responsabilidad se imputa por disposición de la ley a alguien quien, a pesar de no ser el causante inmediato del daño, está llamado a repararlo por la presunción de culpa que sobre él pesa. Esta presunción, según la posición de la doctrina y la jurisprudencia, se funda en el deber de vigilar, elegir o educar que tienen algunos sujetos. Es lo que conocemos como *culpa in vigilando* y *culpa in eligendo*. También se le ha llamado responsabilidad indirecta pues el daño a indemnizar no fue causado directamente sino por otro.

Así, para que se comprometa la responsabilidad de quien no causó de forma directa el daño (civilmente responsable), debe probarse la culpa de quien originó el hecho dañoso (directamente responsable). Luego de esto, se presume la culpa en el cumplimiento del deber de vigilancia, del civilmente responsable. Este podrá exonerarse probando (i) su diligencia y cuidado en el deber de vigilancia, (ii) la diligencia y cuidado del directamente responsable, o (iii) una causa extraña o causal de justificación.

A pesar de que el Código consagra expresamente la responsabilidad de los padres sobre los hechos de sus hijos, de los tutores o curadores sobre los hechos de sus pupilos y de los empresarios sobre sus dependientes, nada obsta para que se extienda esta figura a otros casos en los cuales haya un deber de vigilancia en cabeza de un sujeto sobre ciertos actos de otro.

ii. Responsabilidad por actividades peligrosas

Asimismo, y particularmente en el caso de Uber, el régimen de actividades peligrosas, desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, implica ciertas especificidades. Se funda en el artículo 2356 del Código Civil, del cual se ha desarrollado una interpretación cambiante por la Corte Suprema de Justicia. Ciertas conductas crean una peligrosidad tal, que son en sí

mismas la prueba de que quien las llevó a cabo actuó de forma culposa. Hoy la jurisprudencia sostiene que en los casos de actividades peligrosas se trata de una culpa presunta no desvirtuable sino con la prueba de la causa extraña. Sin embargo, un gran sector de la doctrina considera que esto no es exacto, sino que esta modalidad de responsabilidad es, en la práctica, objetiva o por riesgo, sin requisito de dolo o culpa (Tamayo Jaramillo, 2007). Quien crea el peligro y se beneficia del mismo debe asumir los riesgos que implica. Aunque la norma base de las actividades peligrosas hable de daños imputables a la “malicia o negligencia”, lo cual deja ver el espíritu culpabilístico de la responsabilidad en Colombia, se ha intentado con esta teoría mejorar la situación probatoria de la víctima. Por lo tanto, al no exigir más que la prueba de que el daño fue causado por la actividad peligrosa de un agente y al no admitir más prueba en contra que la causa extraña, lo que opera es una responsabilidad objetiva.

La noción de guardián indica quién será el responsable de los daños causados por una actividad peligrosa. Este será aquel que tenga su manejo, dirección y control, poder que podrían tener varias personas naturales o jurídicas, con distintas relaciones frente al riesgo, caso en el cual se hablaría de una guarda acumulativa.

Por un lado, la guarda jurídica implica el uso, goce y poder de disposición por parte del agente sobre la actividad peligrosa, es decir, el dominio sobre la misma³¹. Quien es el propietario de la actividad peligrosa se presume su guardián, pero puede probar que ha transferido la custodia de la actividad para que sea el que tenga en realidad el poder de uso, dirección y control quien responda. Lo anterior constituye una presunción jurisprudencial, no legal, tal como lo plantea la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de diciembre de 2011, con MP William Namén³²:

³¹ La teoría de la guarda jurídica se desarrolló en Francia a partir de la responsabilidad por el hecho de las cosas, razón por la cual se habla del dominio, calidad que estrictamente no se predica sobre actividades sino sobre objetos.

³² Un vehículo de servicio público afiliado a Pereirana de Transportes Ltda les causó imprudentemente la muerte a dos motociclistas. Leasing de Occidente S.A., propietaria del vehículo, fue demandada. La Corte analiza la conducción como actividad peligrosa y la guarda sobre esta, indicando que la propiedad no implica la guarda

Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero si lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario. (...) O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener. Y la presunción de guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico (...) en cada caso concreto el juzgador determinará según su discreta apreciación de los elementos de convicción y el marco de circunstancias fáctico, cuándo el daño se produce dentro del ejercicio de la actividad peligrosa del tránsito automotriz y conducción de vehículos, y cuándo no, es decir, si está en el ámbito o esfera de ejercicio de su titular o de quien la organiza y ejecuta bajo su gobierno, dirección, control o poder, sea por sí, ora valiéndose de otros.

La responsabilidad está ligada a la guarda sobre la actividad dañina o riesgosa y no a la cosa que se usa para ejercerla (Tamayo Jaramillo, 2007), esto es, la verdadera guarda es la guarda material. Se ha señalado que ejercer la actividad peligrosa no siempre equivale a ejecutarla materialmente sino a tener su control, dirección y manejo. Por ejemplo, cuando el dueño de un vehículo lo afilia a una empresa explotadora, se presumirán guardianes tanto el dueño como la empresa de transporte, si ambos controlan la utilización del vehículo. Esta posición ha sido reiterada por la Corte Suprema a través del tiempo. La sentencia del 6 de mayo de 2016 con MP Luis Armando Tolosa Villabona³³ lo indica así:

material, únicamente hace presumirla pues el guardián es quien tenga el poder efectivo e independiente de gobierno o control. Por lo tanto, la Corte excluye la responsabilidad de la compañía de Leasing.

³³ La Corte se pronuncia sobre la responsabilidad de una cooperativa de transporte derivada del accidente de tránsito en el que se vio involucrado un vehículo de transporte público afiliado a ésta. Se concluye que la responsabilidad le es extensiva a ésta, y no solo al propietario, pues es obtiene un aprovechamiento financiero como consecuencia del servicio que prestan los automotores y por ser quien ejercen un poder efectivo de dirección y control sobre estos.

Las sociedades transportadoras, en cuanto afiliadoras para la prestación regular del servicio a su cargo, independientemente de que no tengan la propiedad del vehículo respectivo, ostentan el calificativo de guardianas de las cosas con las cuales ejecutan las actividades propias de su objeto social, no sólo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute previa la reunión integral de los distintos documentos que para el efecto exige el ordenamiento jurídico y las condiciones mecánicas y técnicas mediante las cuales el parque automotor a su cargo debe disponerse al mercado.

El criterio de la guarda material no es más que una guía general para que el juez, en el caso concreto, analice si ciertas conductas implican o no la dirección, control y manejo efectivo de la actividad, o si conviene imputarle a un agente la calidad de guardián en virtud del provecho económico que obtiene de la actividad peligrosa en cuestión. Así, algunos criterios que ha usado la jurisprudencia para la actividad peligrosa de transporte son percibir el provecho económico, beneficiarse de la actividad, fijar los horarios y tarifas, establecer rutas, imponer sanciones por la prestación irregular del servicio, verificar la ejecución bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, exigir condiciones mecánicas y técnicas, y cualquier otro factor que bajo la razonable apreciación del juez implique el manejo de la actividad.

En definitiva, será el guardián de la actividad peligrosa quien responda a título de riesgo cuando la misma cause un daño. Siguiendo los criterios ya descritos, puede darse en un caso

particular que se presenten guardas acumulativas, que podrán ser compartidas o concurrentes de acuerdo con la dependencia entre las mismas, siendo la compartida aquella donde entre los guardianes existe una relación de dependencia y la dirección y control se hace de manera coordinada; y la concurrente, en cambio, aquella en la que los guardianes son independientes, pero mantienen ambos la dirección y control. La víctima podrá demandar a todos o a cualquiera de los guardianes por la totalidad del daño.

En relación con la actividad del transporte, el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 establece una guarda acumulativa legal entre la empresa de transporte y el conductor: “los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo”.

Con base en esta norma y en la teoría de la guarda material y acumulativa, la jurisprudencia estableció que las compañías de transporte son guardianas de la actividad peligrosa. Lo anterior surge del contrato de afiliación entre el dueño del vehículo y la compañía. Esta posición ha sido igualmente aplicada a los casos de compañías de taxis. Aunque Uber no es como tal una compañía de transporte como lo es una empresa de taxis, esta jurisprudencia permite entrever los criterios de la guarda que podrían aplicarle. Esta solidaridad la explica la Corte Suprema, en la sentencia del 6 de mayo ya citada:

Concluyente es, las empresas transportadoras son responsables solidarias por la vinculación del automotor, como lo prevén los artículos 983, modificado por el 3° del Decreto 01 de 1990 y 991, modificado por el 9° ídem, del Código de Comercio, en consonancia con otras disposiciones especiales, no sólo porque obtienen aprovechamiento financiero como consecuencia del servicio que prestan con los automotores afiliados, sino debido a que, por la misma autorización conferida por el Estado para operar la actividad, la cual es pública, son quienes generalmente ejercen un poder efectivo de dirección y control sobre el automotor.

La Corte considera que se trata de una responsabilidad solidaria perfecta entre quien ejecuta la actividad, el propietario, tenedor o poseedor del vehículo (calidades que pueden estar en cabeza de una sola persona o de varias); y la empresa transportadora como afiliadora. Lo anterior con base en la obligación de seguridad, que es de interés general, y en que todos ellos ejercen poder de mando, dirección y control efectivo de la conducción. Basta probar la afiliación para que opere en contra de la compañía de transporte la presunción de culpa no desvirtuable sino con la prueba de la causa extraña, como lo indica la Corte Suprema en sentencia del 15 de septiembre de 2016 con MP Margarita Cabello³⁴.

Otros sujetos involucrados en la ejecución de la actividad peligrosa, como lo podría ser el conductor de un vehículo automotor que no ostente la guarda (no es ni propietario ni aquel que se beneficia de la actividad), responderían por daños causados imputables a su propia culpa, por el hecho propio (el ejercicio de la conducción, pero sin su dirección y control).

iii. Responsabilidad por perturbaciones del vecindario

Existe además amplia doctrina y jurisprudencia en relación con las perturbaciones de vecindario. Desde 1927, la Corte Suprema de Justicia ha planteado una responsabilidad sin culpa u objetiva cuando el agente excede los límites de las perturbaciones del vecindario que normalmente pueden ser causadas, basada en el goce del derecho de propiedad. Se excluye cualquier exigencia de culpa y basta el exceso en las molestias causadas para que surja la responsabilidad (Tamayo Jaramillo, 2007).

³⁴ Como consecuencia de un accidente entre una buseta afiliada a la empresa Rápido Humadea S.A. y una motocicleta, la Corte Suprema entra a determinar la responsabilidad del conductor del vehículo y de la sociedad. Con base en el régimen de culpa presunta derivado de las actividades peligrosas, y con fundamento en la calidad de guardián de la actividad peligrosa del propietario del vehículo y de la empresa afiliadora, concluye que ambos son solidariamente responsables de los daños causados al motociclista.

Aunque muchos enmarcan esta responsabilidad dentro de la categoría de abuso del derecho, para Tamayo Jaramillo nadie tiene la facultad de invadir el derecho de propiedad de otro con el pretexto de ejercer el suyo. El exceso de ruido, el mal olor, la descomposición estética y la contaminación son algunos ejemplos de posibles perturbaciones del vecindario. Esta responsabilidad no se limita a los propietarios, sino que se extiende a todo aquel que use y goce de un bien. Tampoco se limita, desde el punto de vista de la víctima, al vecino inmediato. Puede extenderse a terceros alejados del predio del responsable (Tamayo Jaramillo, 2007).

Esta responsabilidad no aplica a las molestias normales pues toda persona está obligada a soportar los inconvenientes comunes que resulten del dominio ajeno. Es cuando se sobrepasa el nivel básico, independientemente de la culpa, que surge una obligación de indemnizar. Será el juez quien determine en el caso concreto qué es una molestia anormal, teniendo en cuenta los perjuicios que normalmente soporta una persona que está en las mismas condiciones de la víctima (Tamayo Jaramillo, 2007).

Para Tamayo, la única exoneración posible del agente sería la culpa de la víctima pues ni la fuerza mayor ni el hecho de un tercero, ni el cumplimiento de normas administrativas liberarían al demandado, dado que el exceso o anormalidad de la perturbación ya implica un análisis causal sobre el daño. Por su parte, la condena consistirá en tomar las medidas necesarias para suprimir el daño, lo cual es más una compensación que una indemnización pues debe buscarse poner a la víctima en la misma situación en que estaba antes de las perturbaciones (Tamayo Jaramillo, 2007).

C) Régimen de protección al consumidor

En Colombia el régimen de protección al consumidor se encuentra desarrollado en la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor. Este estatuto consagra una normatividad especial aplicable a las relaciones de consumo y establece una serie de garantías y protecciones en favor del consumidor que buscan atenuar la situación de debilidad o indefensión en la que se

encuentra, dado el carácter profesional y comerciante del productor, quien además cuenta con los recursos económicos y el manejo de la información dentro del mercado. Según el Estatuto, las relaciones de consumo son aquellas en las cuales interviene un sujeto profesional (productor o proveedor) y un destinatario final de los bienes y servicios (consumidor o usuario) que busca satisfacer una necesidad y no tiene la intención de reincorporarlos en la cadena de consumo.

Dentro de las protecciones y garantías en favor del consumidor establecidas en el Estatuto encontramos la regulación de la publicidad, la responsabilidad por productos defectuosos, la figura de la reversión del pago, el derecho de retracto, la prohibición de las cláusulas abusivas, la solución de las dudas legales y contractuales en favor del consumidor, entre otros.

En relación con la responsabilidad por productos defectuosos consagrada en el artículo 20 del Estatuto, es importante resaltar que se trata de una responsabilidad sui generis, distinta a la responsabilidad contractual y extracontractual cuyo fundamento último es la Constitución (Apráez, 2014). Para solicitar la indemnización de perjuicios bajo este régimen, basta acreditar la calidad de consumidor, el defecto del bien o servicio y que el daño es la consecuencia de este; entendiéndose por daño la muerte, las lesiones corporales y los causados a bienes distintos al producto defectuoso. En estos casos no sería necesario probar la culpa del productor o proveedor pues se trata de una responsabilidad objetiva.

Debe entenderse por producto defectuoso, según el artículo 5 del Estatuto, aquel bien o servicio “mueble o inmueble que, en razón de un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”.

La evolución histórica del derecho de consumo en Colombia ha llevado a que la responsabilidad en este ámbito sea objetiva y solidaria por parte de cualquiera de los intervinientes en la cadena de producción y distribución. Se ha hecho referencia al concepto

de *Enterprise Liability* o riesgo del mercado, en virtud del cual es el que se lucra del mercado con una determinada actividad económica quién debe asumir los riesgos de la misma³⁵. En estos casos, una vez probados los elementos de este tipo de responsabilidad, el productor o proveedor podría exonerarse demostrando causa extraña, que no fue él quien puso en circulación el bien o servicio, o que el defecto del producto se debe al cumplimiento de normas imperativas.

Otra de las protecciones establecidas en el Estatuto a favor del consumidor es la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Esta protección podría tener incidencia en el régimen de la responsabilidad civil pues en muchos casos se utilizan para limitar o modificar el régimen aplicable. El artículo 42 del Estatuto define las cláusulas abusivas como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos” y establece como sanción su ineficacia de pleno derecho. Por su parte, el artículo 43 hace un listado no taxativo de las cláusulas abusivas que serían ineficaces, entre las cuales enuncia: (i) las que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden y, (ii) las que impliquen la renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden.

Finalmente, el Estatuto del Consumidor consagra otro tipo de garantías y protecciones que se ven materializadas en un régimen contractual especial. El artículo 23 consagra el deber de los proveedores y productores de suministrar a los consumidores información veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los bienes o servicios que ofrezcan. Así mismo, establece que estos serán responsables de aquellos daños que sean consecuencia de la inadecuada o insuficiente información, y solo podrán desvirtuar tal responsabilidad probando una fuerza mayor o caso fortuito, o que la información fue adulterada o suplantada de manera inevitable. De lo anterior se puede concluir que para los

³⁵ En la Sección I se hizo referencia a un concepto similar en el marco de las plataformas colaborativas, bajo el término de mayor optimizador del costo.

daños causados por la inadecuada o insuficiente información por parte del productor-proveedor, la responsabilidad podría imputarse con base en un régimen objetivo y especial de responsabilidad, derivado directamente del Estatuto.

D) Régimen de propiedad horizontal

El régimen de la propiedad horizontal se encuentra desarrollado en la Ley 675 de 2011, la cual establece el marco normativo de esta forma especial de dominio, en la cual concurren derechos de propiedad exclusiva sobre los bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y demás bienes comunes.

En su artículo 32 se define la propiedad horizontal como una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular y cuyo objeto es la administración correcta y eficaz de estos bienes y servicios comunes, así como el manejo de los asuntos de interés de los propietarios de los bienes privados y el control sobre el cumplimiento de la ley y el reglamento de propiedad horizontal. Para adelantar esta actividad, la persona jurídica actúa a través de la asamblea o consejo de administración quien debe expedir un reglamento en el cual se regulen los derechos y obligaciones específicos de los copropietarios del edificio o conjunto, regulación que puede variar, siempre y cuando no contravenga las disposiciones legales.

Dado que una de las funciones principales de la propiedad horizontal es administrar los bienes comunes y garantizar la seguridad y convivencia dentro de la copropiedad, es posible que en el reglamento se establezcan deberes y obligaciones no pecuniarias en cabeza de los propietarios, así como de los tenedores o moradores, tendientes a exigir un buen uso de los bienes comunes y un adecuado comportamiento en relación con los demás miembros. En caso de no cumplirse con estas obligaciones, conforme a lo establecido en los artículos 59 y 60 de la Ley 675, la asamblea o consejo de administración se encuentra facultado para imponer sanciones, previamente establecidas en el reglamento, atendiendo a la gravedad de la infracción, al daño causado y a la reincidencia.

Lo anterior implica que dentro del reglamento de la propiedad horizontal se pueda regular el régimen de la responsabilidad civil, determinando las sanciones que resultarían aplicables en aquellos casos en los que alguno de los propietarios, dependientes o moradores cause un daño injustificado. Al respecto, el parágrafo del artículo 79 consagra una responsabilidad solidaria entre el copropietario y los moradores de su inmueble por todas las obligaciones ordinarias y extraordinarias y por las sanciones pecuniarias impuestas.

3) Régimen de responsabilidad civil aplicable a Uber y Airbnb³⁶

De acuerdo con el marco normativo de la responsabilidad civil en Colombia, en las distintas modalidades que pueden aplicarse a Uber y a Airbnb, se pasará a analizar cómo estas instituciones encajan o no en cada una de dichas plataformas colaborativas. El análisis debe hacerse por separado dado que ambos modelos de negocio tienen diferencias fundamentales.

Por un lado, Airbnb está en el sector hotelero, de turismo o inmobiliario (depende de cómo se desarrolle en un caso particular), y como tal podrían aplicarle ciertas normativas específicas pero que no son muy restrictivas de la autonomía privada. Además, su prestación no implica un riesgo que pueda calificarse como excesivo e inherente, pues generalmente hay bienes materiales involucrados, frente a los cuales la responsabilidad civil es más flexible y ofrece mayor libertad contractual, sin perjuicio de que eventualmente se afecte la integridad corporal de las partes o de terceros. Adicional a ello, los contratos que se llevan a cabo a través de esta plataforma cambian en algunos de sus elementos, pudiendo implicar un marco jurídico distinto para cada caso, con mayor o menor libertad para las partes. Finalmente, Airbnb opera más como un simple intermediario dado que no tiene personalidad jurídica constituida en Colombia y les permite a sus proveedores establecer sus propias condiciones específicas en cada contrato (como precio, servicios incluidos y plazos). Este elemento podría

³⁶ Para comprender mejor los distintos regímenes de responsabilidad aplicables a Uber y Airbnb, ver cuadros de Anexos 4 y 5.

dificultar una acción de responsabilidad civil contra la plataforma e incluso contra muchos de sus usuarios (por ser frecuentemente extranjeros).

Por otro lado, el servicio de Uber involucra la prestación de un servicio público y la normativa del sector transporte, el cual es más restringido y controlado. Adicionalmente implica un riesgo constante para la integridad corporal de las partes, por tratarse de una actividad peligrosa que implica la exposición física al riesgo inherente a la conducción. Esto conlleva a la aplicación de un régimen de responsabilidad civil probablemente más estricto, por la gravedad de las consecuencias jurídicas y la importancia de los intereses en juego³⁷. También, el servicio de Uber es estandarizado por unos parámetros previamente definidos (transportar a un pasajero en una ruta específica por una tarifa definida, sin posibilidad de negociación). Finalmente, Uber tiene un papel protagónico en la actividad desempeñada por sus conductores pues, en primer lugar, es una persona jurídica legalmente constituida en Colombia; en segundo lugar, no cumple un rol de simple intermediario pues se involucra activamente en la prestación del servicio de transporte; y en tercer lugar, tiene un seguro de responsabilidad civil para daños causados en el ejercicio de su actividad de transportar.

Estos factores determinan una visión y tratamiento diferencial entre ambas plataformas, por lo que el régimen aplicable de responsabilidad civil será diferente para cada una.

A) Uber

Los anteriores planteamientos relativos al régimen de responsabilidad civil permiten analizar el caso de Uber desde la óptica del ordenamiento jurídico colombiano. Dado que la actividad económica adelantada por la plataforma y en la cual intervienen los conductores y usuarios puede ser fuente de responsabilidad contractual o extracontractual, es necesario analizar cada

³⁷ Para Tamayo Jaramillo, un criterio fundamental para establecer responsabilidades objetivas es el alto riesgo de que se causen daños corporales (Tamayo Jaramillo, 2007).

caso concreto para determinar su tratamiento. No obstante, se trata de un análisis casuístico por lo que nos limitaremos a exponer los supuestos más representativos y recurrentes.

Debe hacerse una precisión preliminar. Como ya se ha mencionado, Uber afirma ser un mero intermediario y no tener ningún tipo de relación con los conductores, más allá de un simple contrato de intermediación y de acceso a la plataforma. En los términos y condiciones de Uber se establece lo siguiente:

Usted reconoce que Uber no presta servicios de transporte o de logística o funciona como una empresa de transportes y que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros contratistas, que no están empleados por Uber ni por ninguna [sic] de sus afiliados.

Esto ha sido muy debatido. Muchos plantean que Uber sí presta un servicio de transporte lo cual lo hace una compañía transportadora. Esta posición fue apoyada y asentada por la sentencia del Tribunal Europeo de diciembre de 2017. Se ha argumentado que Uber fija los precios de los viajes, interviene en la relación entre pasajeros y conductores, recibe los pagos y les impone ciertas conductas a sus afiliados; por lo tanto, tal como lo argumentó el Tribunal, la plataforma es fundamental para la prestación del servicio de transporte pues sin esta los conductores no podrían llevar a cabo su actividad.

De lo anterior, se deriva la aplicación del régimen contractual del transportador y de la teoría de la responsabilidad propia de las personas jurídicas por los daños que causen sus empleados o funcionarios (siempre y cuando se presente una relación contractual o laboral y el daño se haya causado en ejecución de las actividades propias de la persona jurídica), pues sería Uber quien adelantaría finalmente la actividad prestadora del servicio de transporte y no los conductores, quienes son simples dependientes o contratistas.

Esta posición implicaría aceptar que el contrato de transporte se celebra entre los usuarios de la plataforma y Uber como persona jurídica, quien finalmente ejecuta las obligaciones

contractuales a través de sus dependientes o contratistas; de forma paralela se celebrarían los contratos entre Uber y cada una de las personas que decide vincularse a la plataforma, ya sea en calidad de usuario o proveedor. Es así como entre los usuarios del servicio de transporte y los conductores de los vehículos no habría relación contractual alguna, pues quien ofrece el servicio de transporte y determina las condiciones del contrato es la compañía Uber.

Si nos acogiéramos a este planteamiento, se presentarían dos problemas. En primer lugar, los términos y condiciones de Uber establecen claramente que no se trata de un servicio de transporte. Esto no bastaría para concluir que de hecho no es una empresa transportadora. Sin embargo, si se analiza la conducta de Uber en la práctica, aunque no actúa como un mero intermediario, no es tan claro que su actividad principal sea el transporte.

En segundo lugar, esta posición deja un vacío en relación con los conductores de Uber, pues al ser Uber el transportador, no habría un contrato entre el usuario y el conductor. ¿Habría entonces una cesión de la posición contractual o una delegación de ciertas funciones? Los términos y condiciones no permiten este análisis. Por su parte, los conductores no actúan en la práctica como simples ejecutores materiales del transporte, sino que cuentan con cierta autonomía en la prestación del servicio. La falta de vínculo contractual entre el usuario y el conductor no es del todo satisfactoria para el esquema jurídico de Uber.

En consecuencia, hemos optado por apartarnos de esta posición, sin desconocer que es válida y tiene suficiente sustento normativo y práctico. Sin embargo, no buscamos adoptar una postura rígida, pues es claro que el tema es novedoso y discutido, ni tampoco pretendemos abordar todas las posibilidades jurídicas que puedan aplicar. Haremos pues una exposición de una visión razonable y soportada en las normas colombianas y en la jurisprudencia, que abarca la cuestión de manera lógica y satisfactoria³⁸.

³⁸ Esta propuesta se analizará en el Título ii, correspondiente al régimen de responsabilidad contractual de Uber.

A continuación, nos referiremos al régimen de la responsabilidad contractual, extracontractual y de protección al consumidor, partiendo del modelo jurídico que consideramos adecuado y que mejor se adapta al sistema colaborativo de Uber.

i. Responsabilidad contractual

En relación con la responsabilidad contractual, esta se presentaría en los supuestos en los cuales entre quien sufre el daño y quien lo causa existe una relación contractual. Estos supuestos abarcan la mayoría de los casos en los cuales se puede generar un daño o perjuicio durante la ejecución de la actividad de Uber.

Por un lado, la plataforma Uber podría incurrir en responsabilidad contractual por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato celebrado con cada uno de los usuarios del sistema, lo cual dependerá del tipo de contrato aplicable a las relaciones entre plataforma, usuario y proveedor.

Nos encontramos pues con una dificultad. El único texto contractual al que nos podríamos referir para identificar el tipo de contrato celebrado son los términos y condiciones de acceso a la plataforma. Podría decirse que se trata de un contrato de adhesión, pues Uber estructura su contenido, y los usuarios y proveedores se limitan a aceptarlo, sin ninguna posibilidad de discutir ni modificar las obligaciones que emanan del contrato.

En los términos y condiciones de Uber con el usuario, hay muy pocas disposiciones referentes a la relación contractual. Se destacan los siguientes puntos (ver anexo 6)³⁹:

³⁹ Las cláusulas descritas corresponden a una síntesis de las disposiciones más relevantes, comprendidas en los términos y condiciones de Uber, con vigencia del 13 de diciembre de 2017.

- Los servicios de Uber constituyen una plataforma de tecnología que permite a sus usuarios de aplicaciones móviles organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios.
- Uber declara no prestar servicios de transporte o de logística ni funcionar como una empresa de transportes; y que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros contratistas independientes, que no están empleados por Uber.
- Uber no hace declaración ni presta garantía alguna relativa a la fiabilidad, puntualidad, calidad, idoneidad o disponibilidad de los servicios, o que estos no serán interrumpidos o estarán libres de errores.
- Uber no garantiza la calidad, idoneidad, seguridad o habilidad de los terceros proveedores. Todo riesgo derivado del uso de los servicios será únicamente del usuario, en la máxima medida permitida por la ley aplicable.
- Uber declara no ser responsable de daños indirectos, incidentales, especiales, ejemplares, punitivos o emergentes, incluidos el lucro cesante, la pérdida de datos, la lesión personal o el daño a la propiedad, incluso aunque Uber haya sido advertido de la posibilidad de dichos daños.
- Uber declara no ser responsable de cualquier daño, responsabilidad o pérdida que deriven de: (i) su uso o dependencia de los servicios o su incapacidad para acceder o utilizar los servicios; o (ii) cualquier transacción o relación entre el usuario y el proveedor, aunque Uber hubiera sido advertido de la posibilidad de dichos daños.
- Uber declara no ser responsable del retraso o de la falta de ejecución resultante de causas que vayan más allá del control razonable de Uber. Los terceros proveedores de transporte que presten servicios de transporte podrán ofrecer servicios de coche compartido o entre pares (peer-to-peer) y puede que no dispongan de la licencia o del permiso profesional. En ningún caso la responsabilidad total de Uber hacia el usuario en relación con los servicios por todos los daños, las pérdidas y los juicios podrá exceder de quinientos euros (€500).
- Los servicios de Uber pueden utilizarse para solicitar y planificar servicios de transporte, pero Uber declara no tener responsabilidad alguna en relación con cualquier servicio de transporte, bienes o logístico prestado por terceros proveedores.

Aunque gran parte de las cláusulas podrían considerarse como abusivas (su validez se analizará en el título siguiente), indican que Uber no es, o dice no ser, empresa transportadora y, aunque alude ser un simple intermediario, también intenta exonerarse de sus obligaciones que como intermediario le corresponderían. Incluso, se exime del funcionamiento de la plataforma y se sustrae por completo de la relación usuario-proveedor.

Por lo anterior, no es posible definir una tipología contractual determinada partiendo del texto de los términos y condiciones. Es necesario pues acudir a las normas sustanciales colombianas y observar la realidad de su actividad para establecer qué figura explica mejor el modelo de Uber. Sin embargo, se precisa que cualquier solución es aproximativa, pues el tema es complejo y novedoso, tiene muchas aristas y perspectivas, y por lo tanto puede no quedar cubierto del todo por una sola figura contractual.

Como ya anunciamos, con una primera mirada pareciera que Uber presta un servicio de transporte por lo que su contrato con los usuarios de la plataforma sería un contrato de transporte. Esta es la posición que acogió el Tribunal Europeo, de acuerdo con las normas de la Unión Europea y en un contexto en el que, por el desarrollo económico y tecnológico de la región y los buenos sistemas de transporte público que tienen las ciudades europeas, consideramos que el Estado podría imponer estrictas regulaciones en pro de la seguridad y la protección a los ciudadanos, sin que esto desincentive la innovación y el progreso económico, o termine afectando a los usuarios por falta de facilidad en la movilización. En Colombia, en cambio, darle a una plataforma que no actúa exactamente como empresa de transporte esta calificación, implicaría un posible desincentivo a estas nuevas ideas de negocio, así como las demás consecuencias que anuncia la SIC en el concepto citado en la Subsección I, Capítulo A de esta sección.

No obstante, dejarle a Uber su denominación de simple intermediario tampoco parece adecuado. Ya hablamos de las manifestaciones, protestas e inconformidades por parte de algunos sectores, gremios y autoridades frente a la posición de la plataforma consistente en

que no prestan ningún servicio más allá de poner a disposición de los usuarios una aplicación móvil que los conecta con prestadores independientes de transporte.

Lo anterior no parece corresponder con la realidad. Aunque de los términos y condiciones no puedan extraerse las funciones que cumple la compañía, pues son sumamente escuetos y simples, las mismas pueden deducirse del funcionamiento de la aplicación⁴⁰. Uber no solo pone en contacto a dos partes, sino que interviene en la relación que se forma entre ellos. La plataforma elige al prestador y al usuario, sin que ninguna de las partes pueda escoger a su “contratante”. Igualmente, determina el precio, la forma y el momento del pago, hace él mismo el cobro al usuario y le paga al proveedor. Por medio de un algoritmo, establece las rutas que en principio debe tomar el conductor. También hace exigencias para el acceso a la plataforma, especialmente a sus proveedores, quienes deben cumplir con chequeos técnico-mecánicos del automóvil. Tiene facultades sancionatorias ante cambios de ruta, rechazos de trayectos asignados, malas calificaciones u otros incumplimientos. Ejerce una supervisión y control sobre el servicio prestado, por medio del sistema de calificación sobre usuarios y proveedores.

Es por esta ambigüedad en las funciones de Uber, en virtud de las cuales no actúa como transportador, pero tampoco como mero intermediario, que consideramos la figura de comisión de transporte como la más idónea para explicar las relaciones contractuales que se derivan de la actividad adelantada. Esta figura fue descrita en la Subsección 2, y consiste según el artículo 1312 del Código de Comercio en un contrato en virtud del cual una persona llamada comisionista (en este caso Uber) se obliga en su nombre y por cuenta ajena (mandato sin representación) a contratar y hacer ejecutar el transporte o conducción de una persona y las operaciones conexas a que haya lugar. Así, una vez un usuario solicita un servicio a través de la plataforma, Uber estaría obligado a contratar de forma directa con uno de los

⁴⁰ La aplicación da al usuario muchas opciones que denotan el control que tiene sobre el conductor y su actividad (fija la tarifa, determina la ruta, sanciona a los conductores, hace el cobro y el pago).

proveedores que previamente decidió vincularse y hacer parte de abanico de transportadores que la plataforma puede asignarle unilateralmente a quien requiera el servicio.

Consideramos entonces que se presentan cuatro contratos interdependientes, enmarcados en una relación contractual compleja, que algunos autores como Jorge Suescún Melo han llamado coligación de contratos. Se trata de un grupo de negocios jurídicos vinculados o recíprocos que surge cuando entre las mismas partes se estipulan varios contratos en relación de dependencia pues la ejecución o validez de uno queda subordinada a la del otro, la cual puede resultar tácitamente de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones. Así, la formación de los contratos vinculados tiende a la consecución de un resultado práctico común, sin que pierdan su individualidad (Suescún Melo, 2003).

Así, los cuatro contratos que se explicarán a continuación permiten que los usuarios satisfagan su necesidad de transporte y a los conductores obtener ingresos aprovechando sus recursos (tiempo y vehículo), por medio de una plataforma que los conecta. Este objetivo se logra a través de varias fases contractuales que solo pueden comprenderse de manera conjunta e interdependiente.

En primer lugar, se forma un contrato preliminar de utilización de la aplicación que tanto proveedores como usuarios celebran al aceptar los términos y condiciones y crear un perfil en la plataforma.

En segundo lugar, está la comisión de transporte entre el usuario y Uber que se celebra cada vez que un usuario solicita un conductor por medio de la plataforma. Debe aclararse que quien contrata con Uber es el usuario de la plataforma, a través de su cuenta personal y no todos los transportados.

En tercer lugar, se encuentra el contrato de transporte entre Uber y el conductor, que se celebra cada vez que Uber elige un transportador para que preste el servicio, ante la solicitud

de un usuario. Así, con cada trayecto surge un contrato nuevo. En este caso, todos los pasajeros que suben al vehículo son beneficiarios del contrato de transporte.

Finalmente, y en cuarto lugar, surge la duda sobre qué tipo de negocio jurídico se celebra al momento en que un proveedor entra a la plataforma por primera vez y acepta hacer parte de los conductores que Uber elegirá para prestar su servicio (distinto al mero acceso o utilización de la plataforma). Creemos que se trata de un contrato atípico e innominado a través del cual un conductor se vincula a la plataforma y Uber lo admite e incorpora dentro de su lista de posibles transportadores. Así, la compañía pone a disposición del conductor su plataforma y este último se obliga a, cuando la active, tomar los viajes que Uber le asigne (así como las demás obligaciones que ya se describieron). El momento de celebración de este contrato podría coincidir con el de acceso a la plataforma.

Para poder establecer cuáles son las obligaciones de Uber, es necesario hacer la distinción entre sus obligaciones como plataforma tecnológica, como comisionista, como transportador y remitente⁴¹ (pues como ya vimos, el comisionista está obligado a las mismas prestaciones del transportador) y como “afiliador”. Así, haremos una descripción de cada obligación principal de Uber, determinando si es de medios o de resultado⁴².

a. Obligaciones como plataforma

Como plataforma digital que facilita el acercamiento entre proveedores y usuarios, Uber asume varias obligaciones, de las cuales muy pocas están establecidas en el contrato (los

⁴¹ Será transportador respecto del usuario y remitente (término tomado del transporte de cosas) respecto del proveedor.

⁴² Esta consideración se hizo con base en la naturaleza de la obligación y en la teoría general de las obligaciones. No tiene consagración expresa. Incluso, algunas de estas obligaciones no han sido descritas por la doctrina por lo que su calificación es aproximativa.

términos y condiciones), sino que son intrínsecas a su calidad de plataforma tecnológica, derivadas de las funciones que cumple y de la cantidad y calidad de datos que maneja.

i). Obligación del adecuado funcionamiento de la plataforma

Como prestador del servicio de acceso a la plataforma digital en la cual se estructura el modelo de transporte, Uber debe garantizar a aquellas personas que se vinculan el adecuado funcionamiento de la aplicación. Por ejemplo, debe garantizar que las personas puedan solicitar el servicio de transporte y que este sea recibido en el lugar y tiempo indicados por el usuario, que el sistema de cobro a los usuarios, pago a los conductores y de tarifas se ejecute de manera correcta, entre otros. Esta obligación es de resultado porque Uber debe garantizar su prestación principal como plataforma de manera profesional y efectiva, pues sus deberes específicos se derivan directamente de la esencia del modelo colaborativo, que implica necesariamente la utilización de una plataforma digital.

ii). Obligación de buen manejo de datos

Para vincularse a esta plataforma, las personas deben brindar gran cantidad de datos personales y vincular una cuenta bancaria para el pago de los servicios contratados y la remuneración respectiva (en el caso de los proveedores). Dado que toda esta información es almacenada en grandes bases de datos, la compañía debe asegurarles a las personas vinculadas que sus datos personales no serán divulgados ni utilizados para fines distintos a adelantar la actividad contratada. Aunque en los términos y condiciones, la compañía establezca ciertas cláusulas que la eximen de esta obligación y que le otorgan un derecho casi absoluto a Uber sobre la información incorporada en sus bases de datos, las mismas podrían llegar a ser abusivas bajo el régimen de protección al consumidor⁴³.

⁴³ Al manejo de datos deberá aplicársele la Ley Estatutaria 1581 de 2012 sobre la protección de datos personales. Los principios del artículo 4 (legalidad, finalidad, libertad, veracidad o calidad, transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad y confidencialidad) determinarán los límites de Uber y el buen o mal manejo

Esta obligación parece ser de medios, pues se trata de “buen manejo” (en la medida de lo posible) de los datos, los cuales permiten cierta divulgación (por ejemplo, cuando el conductor tiene el número de celular del pasajero) necesaria para la prestación del servicio, por lo que el adecuado manejo de datos no se concreta en límites concretos sino en un deber más general de protección de la información. No obstante, la diligencia y cuidado exigidos son sumamente altos, por los intereses en juego y por tratarse de un profesional, que cuenta, o debe contar, con los recursos y tecnología suficientes para proteger los datos de sus usuarios.

iii). Obligación de información

Uber debe también garantizar a los usuarios la información necesaria para acceder y hacer uso de los servicios prestados por la compañía, es decir, debe brindar información sobre estos, las distintas funciones de la plataforma, la forma de cobro y pago por el servicio de transporte, el manejo de los datos personales, entre otros. Esta información debe encontrarse en un lugar accesible de la plataforma y debe ser de libre conocimiento para los usuarios y proveedores⁴⁴. Esta obligación es de resultado dado que no basta con que Uber intente brindar toda la información necesaria, sino que de hecho debe brindarla, so pena de responsabilidad, y solo podría exonerarse del incumplimiento con la prueba de la causa extraña.

que haga de los datos. Aunque pocos datos manejados por la plataforma son sensibles (excepto tal vez el origen racial o étnico), los usuarios son titulares de todos los derechos contemplados en el artículo 8 de la ley. Asimismo, el artículo 17 establece los deberes del responsable del tratamiento de datos. Finalmente, el manejo de datos será vigilado por la SIC, quien podrá imponerle sanciones a la plataforma.

⁴⁴ Esta obligación se deriva del Estatuto del Consumidor, régimen en el cual se profundizará más adelante.

iv). Deber de monitorear

Se trata de un deber derivado de las dos obligaciones anteriores y de la buena fe contractual. Uber cuenta con un sistema de calificación de los usuarios y proveedores, que permite a cada uno de estos evaluar y hacer comentarios respecto a la persona que prestó o solicitó el servicio de transporte. Lo anterior conlleva a que las demás personas vinculadas a la plataforma puedan conocer cómo han sido evaluadas en las relaciones pasadas las personas con quienes van a contratar. Así mismo, este sistema de calificación le permite a Uber tener conocimiento sobre sus usuarios y especialmente sobre las personas que están prestando el servicio que ofrece.

El hecho de que Uber tenga un conocimiento y una actualización constante sobre la calificación y desempeño de los conductores y usuarios implica que en cabeza de la compañía exista un deber general de monitorear estas calificaciones, el cual podrá concretarse en una obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y calidad del servicio de transporte ofrecido, cuando existan advertencias graves y reiteradas. De omitir dicha obligación, Uber podría incurrir en responsabilidad por los daños causados. Hacer responder a Uber por dichos daños es una propuesta de algunos doctrinantes estadounidenses, como Vanessa Katz, bajo la denominación del *notice-based system* (hay un deber de las plataformas de reaccionar a las advertencias de los usuarios con medidas correctivas y, en caso de omisión, responder por los daños causados). Por lo tanto, se trata de una obligación de medios cuyo grado de diligencia y cuidado implica reaccionar correctamente ante los comentarios recurrentes y suficientemente verificables⁴⁵.

⁴⁵ Es difícil identificar el momento preciso en el cual el deber de monitorear se concreta en una obligación de tomar medidas. ¿Después de cuántas quejas sobre un usuario o conductor debe reaccionar la plataforma? Por lo tanto, en los casos en que haya certeza del riesgo o inminencia de un daño, Uber podría considerarse garante de que el daño no se concrete, por su especial conocimiento, y respondería objetivamente en caso de que se deriven perjuicios. Lo anterior no exime a los usuarios y proveedores de su deber de cuidado e información (las calificaciones están a disposición de los suscritos a la plataforma) a la hora de contratar.

b. Obligaciones como comisionista

Como comisionista que contrata con el usuario, Uber tiene ciertas obligaciones derivadas estrictamente del contrato de comisión de transporte, el cual surge del contrato de comisión y del de mandato comercial. Por lo tanto, deben coordinarse con las normas particulares de estos últimos (artículos 1262 y siguientes del Código de Comercio). Sin embargo, identificamos como principales obligaciones las siguientes:

i). Obligación de contratar un transportador

Uber tiene la obligación de contactar y celebrar el contrato con el conductor, cada vez que un usuario le solicite el servicio. Se trata de una obligación de medios según la cual Uber debe desplegar todos los esfuerzos posibles y necesarios para satisfacer el requerimiento de transporte por parte del usuario. De nuevo, el nivel de diligencia y cuidado que debe emplear es muy alto, por el carácter profesional de la prestación. Uber, por ejemplo, implementa las tarifas dinámicas cuando la oferta de conductores es insuficiente, con el fin de incentivar un mayor número de transportadores disponibles.

ii). Obligación de hacer ejecutar el contrato de transporte

Dado que Uber no es un simple intermediario que solo pone en contacto a las partes, surge la obligación de velar por el correcto cumplimiento por parte del transportador de sus obligaciones y, en consecuencia, debe verificar que de hecho el transporte se llevó a cabo en los términos acordados e indagar las razones de un eventual incumplimiento. Esta obligación es de la esencia del contrato de comisión y de resultado, pues se asocia con la obligación de transportar, propia del contrato de transporte, la cual se le extiende en virtud de su calidad de comisionista.

c. Obligaciones como transportador (derivadas de su calidad de comisionista)

Uber tiene entonces las obligaciones legales consagradas en el Código de Comercio y en las demás normas del sector transporte. El artículo 982 del Código establece como obligación principal del transportador la de conducir a las personas sanas y salvas al lugar de destino. De esta norma se derivan dos obligaciones principales:

i). Obligación de transportar al pasajero dentro de los términos y condiciones acordadas.

Se trata de la obligación principal y consiste en transportar dentro del término pactado y conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en reglamentos oficiales, en un término prudencia y por vía razonablemente directa. Para Uber, el referente de este término sería el indicado por la plataforma como estimatorio del trayecto. En este caso, transportar en el término indicado sería una obligación de medios en relación con el tiempo estimado, pero de resultado en relación con el transporte mismo. El artículo 1314 del Código de Comercio parece consagrar la solidaridad en caso de incumplimiento de la obligación de transportar entre el comisionista y el transportador, frente al pasajero, y entre el comisionista y el pasajero, frente al transportador.

ii). Obligación de seguridad

El transportador o compañía de transporte se obliga a transportar a los pasajeros sanos y salvos. La obligación de seguridad es de resultado, lo cual hace que su responsabilidad sea objetiva. Lo anterior debe articularse con la jurisprudencia sobre las compañías de transporte⁴⁶, la Ley 336 de 1996 y las posiciones doctrinales sobre la guarda y control

⁴⁶ Ver sentencias ya mencionadas del 15 de septiembre de 2016 con MP Margarita Cabello y del 6 de mayo de 2016 con MP Luis Armando Tolosa Villabona.

efectivo⁴⁷. Así, los daños derivados de un accidente y ocasionados a los pasajeros que contratan con Uber, son un incumplimiento a la obligación de seguridad de Uber y deberán ser indemnizados.

d. Obligaciones como “afiliador”

Las obligaciones derivadas del contrato por medio del cual el conductor se vincula a la lista de proveedores de Uber no son muchas. Uber tendrá que garantizar que el conductor esté en la base de datos de proveedores de la plataforma y que, cuando acceda a la aplicación, se le asignen trayectos, de acuerdo con la demanda y otros factores que tiene en cuenta el algoritmo por el cual opera. Sería entonces una obligación de resultado vincular al proveedor a la plataforma y de medios asignarle trayectos pues no siempre la demanda es suficiente para ello, lo cual no depende directamente de Uber. Este contrato, entonces, terminaría relacionándose con el contrato de acceso y uso a la plataforma ya descrito y remitiría a las obligaciones derivadas del mismo.

ii. Responsabilidad extracontractual

La principal fuente de imputación de responsabilidad extracontractual en la actividad de Uber es el ejercicio de una actividad peligrosa, en este caso la conducción. Sin embargo, pueden presentarse casos en los cuales alguno de los intervinientes en la actividad cause un daño a otro y no sea aplicable el régimen de las actividades peligrosas, ya sea porque no pueden considerarse como guardianes de la actividad o porque la conducción no es la causa del daño. Es así como la responsabilidad por el hecho propio puede presentarse en varios supuestos, por ejemplo, en aquellos en donde el conductor o la compañía (a través de la plataforma o de uno de sus dependientes) cause un daño a un tercero. También podrá haber responsabilidad por el hecho ajeno cuando Uber deba responder, en virtud de un deber de vigilancia, ante un

⁴⁷ Ver Tratado de Responsabilidad Civil de Javier Tamayo Jaramillo.

daño de cuya posible ocurrencia ya había sido advertido, que no se cause en ejercicio de la conducción.

En cuanto a la **responsabilidad por las actividades peligrosas**, se precisa que para que los daños generados por el servicio de Uber encajen en esta categoría, deben ser causados por la conducción. Esto implica que un daño material al vehículo por parte de un tercero, un daño corporal doloso por parte del conductor contra el usuario, o un daño a un tercero causado por la plataforma en su actividad de promoción o mercadeo no son causados por la actividad peligrosa, pues no se relacionan directamente con el riesgo que implica la conducción, sino que surgen de otro tipo de conductas y se rigen por el régimen general de la responsabilidad contractual o extracontractual con culpa. Por lo tanto, la aplicación del régimen de actividades peligrosas se limitará a los daños causados en ejercicio de la peligrosidad de la conducción.

También debe anotarse que aquí entran únicamente los supuestos de responsabilidad extracontractual, es decir, los daños causados a terceros (pasajeros o no pasajeros) y a víctimas indirectas, dado que la víctima directa, en este caso el pasajero que solicita el servicio a través de su aplicación móvil tiene una relación contractual con Uber, y su daño sería reparado por este a través de la responsabilidad contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, la actividad de transporte ejercida por los conductores de Uber es peligrosa⁴⁸ por tratarse de la conducción de un vehículo automotor; y en consecuencia, por los daños causados responderá el guardián o los guardianes de la actividad.

En primer lugar, se presume guardián material el propietario (guardián jurídico) del automóvil quien puede o no ser el conductor y quien podrá desvirtuar esta presunción probando que le había trasladado la custodia de la actividad, es decir la dirección, control y

⁴⁸ No obstante, en Estados Unidos y en la Unión Europea no se considera conducción como una actividad peligrosa pues únicamente se aplica este régimen de responsabilidad a actividades anormalmente peligrosas.

manejo, a otro (por ejemplo, a quien conducía de forma habitual el vehículo). No podría exonerarse simplemente alegando que no era él quien ejecutaba materialmente la actividad, si seguía lucrándose y ejerciendo control sobre la misma⁴⁹.

En segundo lugar, la plataforma podría considerarse guardián de la actividad según los criterios esbozados sobre la responsabilidad de la empresa que, aunque no ejerce directamente la conducción, mantiene el control intelectual de la misma, tiene un interés propio en su desarrollo y obtiene de la actividad un provecho económico. Estos factores hacen que Uber pueda ser considerado guardián de la conducción que desarrollan los conductores afiliados y que, por lo tanto, tenga el deber jurídico de velar por los perjuicios que puedan causarse a terceros o usuarios y deba responder en el caso en que la peligrosidad de la actividad se concrete en un daño.

La dirección, control y manejo por parte de Uber no es la misma que tienen las empresas de transporte tradicionales, como una agencia de taxis, pues no incide de igual manera en la actividad. Aunque no lleve el mismo control técnico-mecánico de sus vehículos, no controle el día a día de los conductores, no exija unos documentos específicos por parte del mismo, ni fije horarios, sí ejerce otras actividades que podrían detonar la guarda material sobre la actividad. Por un lado, Uber se lucra y obtiene provecho económico de la actividad de transporte desplegada por los conductores afiliados, criterio que la jurisprudencia ha aceptado como indicativo de una guarda material. Por otro lado, respecto al control, dirección y manejo, Uber cuenta con facultades y mecanismos tecnológicos que le permiten manejar el riesgo de la actividad, entre estas, determinar las zonas en las que operan los conductores, establecer las tarifas, hacer el cobro al usuario y el pago al proveedor, exigir requisitos técnico-mecánicos, establecer normas y sanciones a su incumplimiento (por ejemplo, una vez

⁴⁹ Hasta el momento en Colombia, Uber nunca es el propietario del vehículo. Sin embargo, en Estados Unidos Uber ya empezó a implementar la modalidad de vehículos autónomos, caso en el cual el régimen de responsabilidad cambiaría sustancialmente (Noticias RCN, 19 de marzo de 2018).

activada la aplicación, un conductor no puede rechazar viajes, so pena de una sanción), entre otros⁵⁰.

Así, esta guarda es uno de los factores determinantes por los que Uber niega la denominación de compañía de transporte pues, además de que le impone el régimen del contrato de transporte y las normas especiales de este sector, también implica aceptar que no solo intermedia relaciones entre contratantes sino que interviene activamente en la prestación del servicio de transporte, considerada como una actividad peligrosa que conlleva un régimen de responsabilidad sumamente gravoso para la compañía que lleve el control y se esté lucrando de la misma. Sin embargo, no se requiere ser compañía de transporte para ser el guardián de esta actividad, de acuerdo con el criterio asentado por la Corte Suprema en la sentencia del 22 de abril de 1997 con MP Nicolás Bechara Simancas ⁵¹. Aunque la compañía no sea en sentido estricto una empresa transportadora⁵², basta que haya suficientes elementos que deriven en el control, dirección y manejo (como los enumerados en el párrafo anterior) para que Uber adquiera esta calidad. Así mismo, haber contratado un seguro de responsabilidad civil, muestra de cierta forma que en efecto Uber tiene, y sabe que tiene, la calidad de guardián de una actividad peligrosa.

Como se desprende de lo anterior, puede darse que la guarda sobre la actividad peligrosa de conducción recaiga sobre varias personas, es decir, que exista una guarda compartida como consecuencia de que varios de los intervinientes detenten la dirección y manejo sobre la

⁵⁰ Las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia mencionan, entre otros, los criterios enunciados para establecer la guarda sobre la actividad de transporte: sentencia del 30 de julio de 2014 con MP Gustavo Enrique Malo Fernández, sentencia del 8 de abril de 2014 con MP Fernando Giraldo Gutiérrez y sentencia del 22 de abril de 1997 MP Nicolás Bechara Simancas.

⁵¹ La Corte analiza el caso en que un camión que trabaja para Postobón S.A., pero que no era de su propiedad, atropella y causa la muerte de un peatón. Si bien se concluye que no es atribuible la responsabilidad a la compañía por temas probatorios en segunda instancia, la Corte analiza la calidad de guardián de la compañía sobre la actividad peligrosa de conducción con fundamento en el lucro obtenido de la misma.

⁵² Sobre las obligaciones de transportador en cabeza de Uber se hablará en el siguiente título de este capítulo.

actividad u obtengan un provecho o beneficio económico de la misma. Es así como, además de la guarda en cabeza de Uber conforme a los criterios señalados anteriormente, podría darse también la calidad de guardián en el dueño del vehículo (guardián jurídico), quien a su vez podría ser una persona distinta a quien ejecuta materialmente la actividad de conducción. Por su parte, la sola calidad de conductor no implica la guarda material sobre la actividad. Sin embargo, la conducción sumada a otros factores de control y manejo que se observen en cada caso concreto (como sería la propiedad), podría llevar a una guarda compartida con Uber e incluso con el propietario del vehículo⁵³. En caso de que el conductor no sea guardián (sea que no se pruebe o que él logre desvirtuarlo), podrá responder con culpa probada, por el hecho propio de la conducción.

En consecuencia, es necesario determinar en cada caso quién ejerce efectivamente el control, dirección y manejo sobre la actividad peligrosa y cuenta con el poder sobre ella para mitigar los riesgos que durante su ejecución puedan producirse. La víctima puede perseguir a Uber, al conductor, al propietario (estos dos últimos pueden o no ser la misma persona) o propietarios, y a cualquier otra persona respecto de la cual la víctima logre probar control, dirección y manejo efectivos.

De probarse que varias personas ostentan la calidad de guardián del transporte, todos estos estarían llamados a responder de forma solidaria por los daños causados a las víctimas. Estas deberán probar la existencia de una actividad peligrosa (transporte de personas mediante la utilización de un vehículo automotor), la calidad de guardián del demandado o los demandados, el daño sufrido y el nexo causal entre este último y la actividad. Una vez probado lo anterior, será el guardián (Uber, el propietario del vehículo o en algunos casos el conductor), quien deba desvirtuar la presunción de que no hubo una causa extraña o causal de justificación, es decir, deberá probar una de estas dos cosas para exonerarse de responsabilidad. Otra defensa de los demandados consistiría en desvirtuar su calidad de

⁵³ Puede darse que varias personas sean propietarias. En tal sentido, se presumirán guardas de la actividad en virtud del mismo título (dominio).

guardián sobre la actividad peligrosa que causó el daño, probando que nunca se tuvo o se trasladó el poder de control, dirección y manejo.

Finalmente, la víctima podrá también demandar como responsable solidario al seguro de responsabilidad civil de Uber, al del vehículo (SOAT) o a su seguro particular, sea de responsabilidad civil o de daños, quienes responderán de acuerdo con las condiciones específicas de cada póliza. Podría también haber llamamientos en garantía al seguro por parte de los demandados solidarios⁵⁴.

A partir de este régimen y frente a la gravedad de la responsabilidad objetiva derivada de la obligación de seguridad del transportador y de la actividad peligrosa, tanto personas naturales como jurídicas deciden protegerse de eventuales condenas en las que solo los exoneraría la difícil prueba de una causa extraña. Inclusive, también al Estado le preocupa la peligrosidad de estas actividades, la gran cantidad de daños que pueden causar y lo gravoso que es para los particulares y para la economía en general el régimen de la responsabilidad objetiva. Por lo tanto, surgen los seguros obligatorios (el SOAT y los seguros de responsabilidad civil para transportadores) y los voluntarios, para resocializar este riesgo.

Uber, de forma voluntaria por ahora, decidió en noviembre de 2017 tomar un seguro vigente actualmente. Aunque se llame a sí mismo un mero intermediario sin peligro alguno de ser condenado por los daños que causen sus conductores, cuenta con pólizas de seguro por responsabilidad civil de pasajeros y terceros, y por accidentes personales para los ocupantes, incluyendo gastos médicos, muerte accidental e incapacidad. Esta póliza fue tomada con la aseguradora Allianz Seguros S.A. (ver anexo 3), quien se ha obligado a indemnizar los daños causados al pasajero o a un tercero por parte del conductor, hasta por un monto de 500 millones de pesos por evento. El seguro tendrá cobertura cuando el conductor se encuentre conectado a la aplicación y haya iniciado el viaje, desde el momento en el que el usuario se

⁵⁴ La información disponible sobre el seguro de responsabilidad civil tomado por Uber con Allianz Seguros de Colombia es muy limitada (ver anexo 3). A pesar de los intentos, no logramos conseguir el texto de la póliza.

sube al carro hasta que desciende del mismo⁵⁵. La plataforma le exige al conductor tener el SOAT vigente para cubrir los daños corporales causados durante la conducción⁵⁶ que no sean cubiertos por el límite temporal de la póliza de Allianz. (Portafolio, 14 de noviembre de 2017).

En relación con **la responsabilidad por el hecho propio** es poco probable que Uber incurra en una responsabilidad extracontractual cuyo factor de imputación sea distinto a la peligrosidad o riesgo de una actividad peligrosa, pues sus funciones casi que se limitan a facilitar la prestación del servicio de transporte a través de la celebración de contratos y al funcionamiento de la plataforma. En consecuencia, el primero de los casos encajaría dentro del régimen explicado, y el segundo, en principio, en el régimen contractual, dado que los daños derivados de la plataforma afectarían a los usuarios de esta, quienes firmaron (aceptando por términos y condiciones de la aplicación) un contrato con la compañía. No obstante, en los casos en los que se le cause un daño a alguien y no sean aplicables los regímenes mencionados, sería necesario analizar la responsabilidad extracontractual por el hecho propio de la persona jurídica en donde debe probarse una culpa de la compañía o de la persona a través de la cual actuó para que se entienda comprometida su responsabilidad de forma directa.

Algunos ejemplos de responsabilidad por hecho propio de Uber serían cuando un taxista o una agencia de taxis quiera imputarle a la compañía los daños causados por prácticas

⁵⁵ En otros Estados, Uber también ha empezado a contratar pólizas de seguro de responsabilidad civil. En Estados Unidos, a partir del 1 de marzo de 2018, los conductores de Uber se encuentran cubiertos desde que activan la aplicación hasta que la apagen. Cuatro compañías de seguros cubren la totalidad del territorio estadounidense (Scott C. , 2018). Por su parte, en México, AXA Colpatria y Sura se dividieron la cobertura de los viajes de Uber, la cual también empieza desde la activación de la aplicación (El Sol de México, 16 de octubre de 2017).

⁵⁶ Debe aclararse que el SOAT se limita a ciertos daños, montos y víctimas muy específicos y no permite acción de subrogación. Entra la discusión de si los conductores de Uber deben tener el seguro obligatorio de responsabilidad civil que se les exige a los transportadores en el Decreto 170 de 2001.

anticompetitivas, los daños causado por Uber a terceros (no usuarios ni proveedores) en ejercicio de actividades de promoción o mercadeo, los daños derivados directamente de la plataforma y que resulten afectando a terceras personas que nunca se vincularon a esta.

Por su parte, los conductores que prestan el servicio ofrecido y contratado por la plataforma responderían por los daños causados a terceros en ejercicio de su actividad. El título por el cual responden dependerá de la prueba del control, dirección y manejo sobre la conducción, discusión que ya fue planteada en el Capítulo A de la subsección anterior.

Responderán a título de responsabilidad extracontractual por el hecho propio si la guarda no se logra probar o si el conductor logra desvirtuarla. En ese caso, deberá probarse la culpa en su actuar y que esta es la causa directa y necesaria del daño sufrido por la víctima. El grado de diligencia y cuidado que deba el conductor de Uber va a depender de si se le considera o no comerciante.

Al respecto, señala Le Tourneau que se presenta un agravamiento de la gama de culpas de un profesional, en comparación con la de una persona del común. Su experiencia, carácter profesional, preparación y habitualidad realizando una actividad, han llevado a considerar que lo que para un particular sería un error o culpa levísima, para este sería como mínimo una culpa leve y en consecuencia podría constituir un incumplimiento o derivar en responsabilidad extracontractual. Así mismo, la culpa leve sería más fácilmente calificada como grave pues termina siendo una señal de su incapacidad para el cumplimiento de la labor encomendada. Así, dependiendo del caso, a cada profesional le será exigible tomar aquellas medidas necesarias según su profesión para evitar la realización del daño o su agravación, o para cumplir con sus obligaciones (Le Tourneau, 2006).

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 16 de diciembre ya citada, en la cual plantea lo siguiente:

“Podría encontrarse en el deseo del legislador de destacar que la actividad del transportador corresponde a la de un profesional del comercio organizado empresarialmente (numeral 11, art. 20, C. De Co.), que está regida por un sistema de responsabilidad, si se quiere, más riguroso, en tanto que, a diferencia de la responsabilidad de la generalidad de las personas, en la que el factor de comparación, por regla, es “el comportamiento de un buen padre de familia”, en la del profesional el estándar de diligencia exigible –el buen profesional– normalmente es más elevado en virtud del surgimiento para él de diversos deberes jurídicos de prevención y de evitación de daños, mucho de ellos incorporados al contrato por aplicación del principio de buena fe.”

Consideramos que el hecho de transportar a través de una plataforma digital intermediaria es determinante para la calidad comercial de su actividad. Por otro lado, el artículo 20 del Código de Comercio indica que son mercantiles “las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados”. Por lo tanto, de acuerdo con la calidad mercantil de su actividad, al conductor de Uber se le exige el mayor grado de diligencia y cuidado posible.

Finalmente, los conductores serían responsables por los demás daños que causen y que no estén relacionados directamente con la prestación del servicio o el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, las agresiones a terceros.

iii. Régimen de protección al consumidor⁵⁷

Las normas del Estatuto del Consumidor establecen protecciones de varios tipos y garantías a favor del consumidor o usuario, concepto ya definido en el Capítulo C de la Subsección 2, con el fin de reducir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra en la relación contractual. Así, los usuarios de Uber son verdaderos consumidores por ser destinatarios finales del servicio de transporte que ofrece la plataforma, quien es a su vez proveedor o expendedor, definido en el Estatuto como aquella persona que de manera habitual, directa o indirectamente, ofrece, suministra, distribuye o comercializa productos (bienes o servicios) con o sin ánimo de lucro. Estas normas le aplicarían tanto al servicio propio de la plataforma como al servicio de transporte que facilita.

Para efectos del presente trabajo, nos limitaremos a analizar solo algunas de las disposiciones y figuras especiales del régimen de consumo. Por un lado, la responsabilidad por productos defectuosos, régimen de responsabilidad civil especial y propio de estas relaciones; y por otro, los deberes de información y la prohibición de cláusulas abusivas, que pueden agruparse dentro del régimen contractual especial derivado de la protección al consumidor.

En primer lugar, el producto defectuoso se encuentra definido en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 como aquel bien mueble o inmueble que, debido a un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrece la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho. Si bien el Estatuto hace referencia únicamente a bienes muebles o inmuebles,

⁵⁷ Debe precisarse que, en caso de adoptarse la posición del Mintransporte, quien considera que Uber presta un servicio ilegal, los usuarios no podrían beneficiarse del régimen de consumo por ser una actividad que escapa el espectro de la misma, el cual se limita a actividades legales. La SIC por el momento se ha mostrado favorable al servicio de Uber, por lo que no hay suficientes razones para adoptar en este escrito la posición del Mintransporte. Por otro lado, la aplicación del Estatuto se limita a la persona jurídica constituida en Colombia por Uber, no a las demás sociedades extranjeras que manejan la plataforma. En caso de que Uber Colombia alegue que es un simple intermediario de Uber BV u otra de las matrices internacionales, podría saltarse el régimen del Estatuto.

la SIC, en concepto del 27 de julio de 2016, indicó que la responsabilidad por productos defectuosos se extiende a la prestación de servicios, concretándose en una vulneración a la seguridad del consumidor.

Dado que no hay desarrollo jurisprudencial relevante respecto a la responsabilidad por servicios defectuosos, surgiría la pregunta de si también aplicaría la responsabilidad solidaria establecida en el Estatuto, en este caso en relación con Uber y el conductor que ejecuta materialmente la acción de transporte. Los artículos 19 y 20 del Estatuto establecen que todos los involucrados en la cadena de producción, distribución y comercialización del producto responden por sus defectos. En servicios, esta norma equivaldría a que todos los intermediarios involucrados en la prestación del servicio final (transporte) respondan por los perjuicios causados por su inseguridad. De ser así, podría concluirse que ante una prestación insegura del servicio de transporte que termine causando daños, se podría acudir al régimen de responsabilidad por servicios defectuosos en virtud del cual resultarían solidariamente responsables Uber como comisionista y el conductor como transportador. No obstante, este planteamiento todavía no se ha materializado en casos concretos que hayan llegado a la SIC y podría no ser acogido por la jurisprudencia de dicha entidad.

Entonces, para que se presente una eventual responsabilidad por parte de la compañía, se debe probar el defecto del servicio (falta de seguridad), la existencia del daño y el nexo causal, es decir, no es necesario probar la falta de diligencia y cuidado. Solo podrá exonerarse de responsabilidad demostrando una fuerza mayor, un hecho exclusivo de la víctima o un hecho exclusivo de un tercero, conforme a lo señalado en el artículo 22 del Estatuto.

Respecto de los daños y perjuicios que pueden reclamarse a través de este régimen especial, el artículo 20 del Estatuto los limita a la muerte o lesiones corporales, y a los daños a los bienes causados por el servicio defectuoso. Para los demás daños y perjuicios que no se encuentren comprendidos dentro de estas categorías, su indemnización debe ser reclamada a través del régimen general de la responsabilidad.

En segundo lugar, el Estatuto del Consumidor le exigiría a Uber otro tipo de garantías y protecciones incluidas en este régimen contractual especial. En cabeza de la compañía, hay un deber de información y una prohibición expresa de incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados.

De acuerdo con el artículo 23 del Estatuto, Uber debe brindar a sus usuarios información veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea relativa a los servicios que ofrece, ya sea el servicio final de transporte, el de comisión o la utilización de la plataforma. Uber tiene entonces el deber de informar a los usuarios, en castellano, el precio del servicio de transporte ofrecido, incluidos todos los impuestos y costos adicionales, las instrucciones para su correcta utilización, y las garantías que le asisten al usuario. De no cumplir con esta obligación, Uber respondería de aquellos daños causados por la inadecuada o insuficiente información, y solo podría exonerarse probando una causa extraña. Se trata de un régimen objetivo y especial de responsabilidad⁵⁸.

Por otro lado, Uber debe también cumplir las normas sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión establecidas en los artículos 37 y siguientes del Estatuto. Así, aquellas cláusulas limitativas de sus responsabilidades legales, las que trasladen al consumidor o a un tercero la responsabilidad de Uber y las que impliquen la renuncia a los derechos legales del consumidor se entenderían ineficaces de pleno derecho y, en consecuencia, no serían aplicables a la relación contractual. Si bien este tema amerita un análisis detallado en el que se estudie de forma completa los términos y condiciones de esta plataforma, nos centramos

⁵⁸ En la práctica, Uber incumple este deber de información pues no tiene toda la información en castellano, no explica las características y propiedades de los servicios ni su forma de utilización, no incluye el plazo de validez de la oferta, ni tiene en la página web un enlace visible de la SIC. Respecto del incumplimiento del deber de información de Uber, ver proceso con radicado 17-204867 ante la SIC.

en el efecto que tienen estas prohibiciones en el régimen de responsabilidad civil aplicable a esta compañía⁵⁹.

Dado que la prohibición de incluir las cláusulas señaladas en los contratos busca otorgar un marco mínimo de protección a los consumidores en materia de responsabilidad, las disposiciones impuestas por Uber no pueden desconocer los derechos que por Ley les corresponden a los consumidores y por ende no pueden excluir de forma arbitraria la indemnización de los perjuicios causados durante la prestación de sus servicios o decidir no aplicar el régimen derivado del Estatuto. Así, en los términos y condiciones de Uber encontramos varias disposiciones que pueden ser consideradas abusivas. En la sección de “Limitación de Responsabilidad”, se dispone que:

Uber no será responsable de daños indirectos, incidentales, especiales, ejemplares, punitivos o emergentes, incluidos el lucro cesante, la pérdida de datos, la lesión personal o el daño a la propiedad, ni de perjuicios relativos, o en relación con, o de otro modo derivados de cualquier uso de los servicios, incluso aunque Uber haya sido advertido de la posibilidad de dichos daños. Uber no será responsable de cualquier daño, responsabilidad o pérdida que deriven de: (i) su uso o dependencia de los servicios o su incapacidad para acceder o utilizar los servicios; o (ii) cualquier transacción o relación entre usted y cualquier tercero proveedor, aunque Uber hubiera sido advertido de la posibilidad de dichos daños. Uber no será responsable del retraso o de la falta de ejecución resultante de causas que vayan más allá del control razonable de Uber.

Así mismo, en la sección de “Renuncia” se señala lo siguiente:

⁵⁹ Solo se analizará el contrato derivado de los términos y condiciones de Uber para el acceso a la plataforma, pues para los demás contratos anteriormente descritos no hay un texto escrito del cual puedan derivarse cláusulas abusivas.

Uber no hace declaración ni presta garantía alguna relativa a la fiabilidad, puntualidad, calidad, idoneidad o disponibilidad de los servicios o cualquiera de los servicios o bienes solicitados a través del uso de los servicios, o que los servicios no serán interrumpidos o estarán libres de errores. Uber no garantiza la calidad, idoneidad, seguridad o habilidad de los terceros proveedores.

En vista de que por medio de estas disposiciones Uber busca limitar al máximo su responsabilidad, excluyendo incluso aquellos perjuicios causados como consecuencia de la ejecución de su actividad; y no garantizando la calidad, idoneidad y fiabilidad de los servicios prestados, se pueden considerar como cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Lo anterior conlleva a que no se entiendan incorporadas en estos contratos, los cuales se considerarían válidos sin la inclusión de dichas disposiciones. De esta forma se garantizaría el marco mínimo de protección a los usuarios y se daría paso a la aplicación tanto del régimen general de responsabilidad civil, como de aquellos regímenes especiales del Estatuto del Consumidor en los casos de servicios defectuosos e información inadecuada e insuficiente.

iv. Conclusión

A partir de los anteriores planteamientos, puede concluirse que el régimen actual de la responsabilidad civil en Colombia cuenta con los elementos necesarios y suficientes para responder ante los eventuales daños, al menos los más comunes, que se causen en ejercicio de la actividad que Uber facilita. A diferencia de lo que afirma la compañía, Uber no es un simple intermediario entre usuarios y proveedores, pero tampoco presta directamente el servicio de transporte. Por esto, primero debe determinarse el esquema contractual que se presenta en las relaciones entre Uber, los conductores y los usuarios para definir el límite entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Una vez ubicados dentro de un tipo contractual específico que se adapte al modelo de la plataforma, deben aplicarse sus elementos para permitirles a las víctimas la indemnización de sus perjuicios.

Surgen entonces varias relaciones contractuales. Inicialmente hay un contrato de acceso a la plataforma que usuarios y proveedores celebran con Uber, cuyas obligaciones se limitan al funcionamiento de la aplicación y al manejo de datos. Todo quien acceda, aceptando los términos y condiciones, podrá accionar contra la compañía por su incumplimiento.

En segundo lugar, deben considerarse las distintas opciones para adecuar los contratos surgidos a partir del transporte. El régimen que elegimos como el más conveniente para aplicarle a la relación Uber-usuario fue el de la comisión de transporte, sin perjuicio de que por otras vías argumentativas se llegue a figuras contractuales que sean igualmente útiles para resolver las dificultades que surgen en su aplicación.

Así, se forma un contrato de comisión de transporte entre el usuario y Uber en virtud del cual la plataforma celebra directamente contratos de transporte con los proveedores cada vez que un usuario requiere un servicio. A pesar de que entre el usuario y la plataforma no hay directamente un contrato de transporte, dada su calidad de comisionista, Uber asume todas las obligaciones contractuales del transportador y debe responder ante el usuario en caso de incumplimiento. De igual forma, el usuario como beneficiario del servicio puede accionar contra Uber o el transportador por este incumplimiento contractual. Por lo tanto, la relación plataforma-usuario se someterá al régimen contractual del transporte.

Por otro lado, el régimen de responsabilidad extracontractual le sería aplicable únicamente a las relaciones de Uber con terceros. Dado que sus principales funciones involucran el servicio de transporte y la conducción de vehículos automotores, en principio, los daños derivados de estos serían imputables bajo el esquema de las actividades peligrosas a su guardián o guardianes. Como puede argumentarse, muchas de las actuaciones de Uber denotan el manejo y control que tiene la plataforma sobre el riesgo de la conducción. No obstante, también el propietario se presumirá guardián por tener el dominio sobre el automóvil, y el conductor en caso de que se le pruebe la dirección y manejo. Es así como en cada caso concreto debe analizarse el control efectivo sobre la actividad de cada uno de los demandados, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales y doctrinales.

Por otro lado, los daños que se causen fuera del ejercicio de la conducción seguirán el régimen de la responsabilidad por el hecho propio o ajeno, los cuales exigen probar la culpa del agente. Algunos ejemplos de estos daños son aquellos que cause la plataforma en ejercicio de sus funciones de mercadeo y promoción a terceros y los que causen usuarios o proveedores cuando Uber incumple su deber de monitorear ante un potencial daño advertido.

Finalmente, se concluye que a Uber puede aplicársele el régimen especial del Estatuto de Consumidor por prestar servicios de forma profesional a personas que pueden calificarse como consumidores bajo la Ley 1480 de 2011. Por lo anterior, la relación de la plataforma y de los proveedores con los usuarios se vería sometida a las disposiciones y protecciones establecidas en este Estatuto, referentes a la responsabilidad por productos o servicios defectuosos, la prohibición de cláusulas abusivas y la obligación de información.

B) Airbnb

Antes de entrar a analizar el régimen de responsabilidad civil aplicable a la plataforma Airbnb por un daño ocasionado en ejercicio de su actividad en Colombia, hay que hacer dos aclaraciones.

La primera consiste en que Airbnb no tiene personería jurídica constituida en Colombia, razón por la cual una demanda en su contra tendría que someterse a un tribunal de arbitramento u otra instancia internacional, lo cual se encuentra contemplado además en la cláusula compromisoria contenida en los términos y condiciones (ver anexo 7). Esto complica pues la aplicación de la normativa colombiana. La segunda es en relación con sus funciones. Al igual que Uber, Airbnb se autodenomina como mero intermediario entre las partes de un contrato mediante el cual una persona entrega la tenencia total o parcial de un inmueble (todo o en parte) a otra, quien a cambio paga un precio. La realidad de la operación de la compañía parece ser, a diferencia de Uber, relativamente similar a la que predica. Las funciones de la plataforma se basan en acercar a las partes por medio de una aplicación móvil,

brindar la información requerida y poner a su disposición los mecanismos de pago. Las posibilidades de intervención y de maniobra de Airbnb son reducidas al lado de las de las partes, quienes se comunican constantemente, pueden fijar los precios y pactar ciertas condiciones de su relación.

Los anteriores factores hacen que el análisis cambie sustancialmente. Partimos de la misma división de regímenes utilizada para Uber, teniendo en cuenta que ambas plataformas operan de manera distinta, en un sector diferente, con posibilidad de causar diversos tipos de daños.

En cada caso concreto, los eventos en los que se cause un daño o perjuicio con ocasión de la prestación de los servicios de Airbnb podrían encajar dentro del régimen de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, dependiendo de si existe o no una relación contractual entre quien sufre el daño y quien lo causa. Las reclamaciones por parte de terceros, ya sea en contra de los proveedores o de la plataforma, harían parte del régimen extracontractual. Por el contrario, las reclamaciones hechas por los proveedores o usuarios a la compañía se enmarcarían en la responsabilidad contractual dado que entre ellos existe un negocio jurídico.

Finalmente, se evidencia una dificultad práctica. Tanto Airbnb (la compañía) como los huéspedes, usuarios de la plataforma, serían difíciles de perseguir bajo una acción ordinaria de responsabilidad civil en Colombia. Muchas de las personas que se hospedan en estos inmuebles son extranjeros que están en el país transitoriamente y no tienen bienes en el territorio nacional, sin perjuicio de que también pueden ser usuarios dentro del país los mismos nacionales o residentes⁶⁰. La opción de acudir a la justicia arbitral, incluida por medio de una cláusula compromisoria en los términos y condiciones de Airbnb, es costosa y compleja, teniendo en cuenta que el tipo de daños que comúnmente se causan en ejercicio del contrato en cuestión no son de una cuantía suficientemente alta.

⁶⁰ El análisis de los colombianos que arriendan inmuebles fuera del país por medio de Airbnb no es parte del objeto de estudio de este escrito.

i. Responsabilidad contractual

Para establecer la responsabilidad contractual que pueda surgir a partir del servicio de Airbnb, es necesario establecer claramente los vínculos contractuales que se establecen entre las partes. Al igual que en el caso de Uber, surge la dificultad de que no hay más texto contractual que los términos y condiciones de la plataforma. Se trata de un contrato de adhesión, con unos términos contractuales generales predispuestos por Airbnb, el cual es suscrito por el usuario al aceptar en un solo momento los términos y condiciones. Sin embargo, nos dan muchos elementos para identificar las obligaciones de las partes y el tipo de relación contractual, sin perjuicio de que haya cláusulas inaplicables por ir en contra de una norma imperativa. De estos puede extraerse las siguientes disposiciones⁶¹:

- Airbnb señala ser un mercado en línea basado en la oferta de propiedades, que permite que los anfitriones publiquen sus servicios en la plataforma, y se comuniquen y gestionen directamente con los miembros que desean reservar dichos servicios. Así, no posee, crea, vende, revende, suministra, controla, gestiona, ofrece, entrega ni presta ningún anuncio ni servicio de anfitrión de los bienes ofrecidos.
- Cuando los miembros realizan o aceptan una reserva, suscriben un contrato directamente entre ellos. Airbnb dice no ser parte ni participante en ninguna relación contractual entre miembros, un agente inmobiliario ni de seguros, ni actuar como agente en capacidad alguna excepto conforme a los términos de pago.
- Aunque Airbnb pueda ayudar a facilitar la resolución de disputas, declara no tener control ni garantizar la existencia, calidad, seguridad, idoneidad o legalidad de ningún anuncio o servicio; la veracidad o exactitud de las descripciones de ningún anuncio ni de las evaluaciones y comentarios; o la actuación o la conducta de ningún miembro o tercero.

⁶¹ Al igual que en el análisis de Uber, se ha hecho una síntesis de las cláusulas más relevantes. Estos términos y condiciones tienen vigencia del 17 de junio de 2017.

- Airbnb no avala a ningún miembro, anuncio o servicio, ni asegura o certifica su identidad o antecedentes, o el hecho de que el miembro sea fiable, seguro o adecuado.
- El usuario es el exclusivo responsable de fijar un precio en su anuncio. Una vez que un huésped solicita una reserva, no podrá exigir un precio más elevado.
- Airbnb declara no tener obligación de supervisar el acceso o utilización de la plataforma ni de revisar, desactivar el acceso ni modificar ningún contenido, pero sí tener derecho a obrar de tal manera con el fin de operar, proteger y mejorar la plataforma (incluido con fines de prevención de fraudes, de evaluación de riesgos, de investigación y de servicio al cliente); responder a contenido que determine ser dañino u ofensivo; entre otros.
- Airbnb establece que los miembros aceptan cooperar y asistirle de buena fe, y proporcionarle información y adoptar medidas que la plataforma pueda solicitar dentro de lo razonable con respecto a cualquier investigación que emprenda en relación con la utilización o el abuso de la plataforma.
- Si un anfitrión reclama o demuestra que el huésped ha dañado un alojamiento o algún bien material, el anfitrión puede intentar obtener el pago a través del Centro de Resoluciones. Si el huésped accede a pagar o Airbnb determina a su exclusivo criterio que es responsable de la reclamación por daños y perjuicios, Airbnb le cobrará las cantidades correspondientes y/o las deducirá de la fianza. También se reserva el derecho a cobrarle el pago.
- Airbnb determina que el usuario asume la plena responsabilidad por las elecciones que haga antes, durante y después de su participación en un servicio. No será responsable de ninguna indemnización por daños y perjuicios de carácter fortuito, especial, ejemplar o emergente, incluido lucro cesante, pérdida de datos o pérdida de fondo de comercio, interrupción del servicio, daño informático o fallo del sistema o el coste de los productos o servicios de sustitución, ni por ninguna indemnización por daños y perjuicios debidos a lesión personal o física o sufrimiento emocional que se desprenda de los servicios.

De las anteriores disposiciones puede concluirse que el rol de Airbnb es el de intermediar las relaciones entre anfitriones y huéspedes. Si se quiere coordinar su actividad con la legislación colombiana, es necesario diferenciar varias relaciones contractuales que surgen con ocasión del servicio prestado. Al igual que en el caso de Uber, se da una coligación de contratos con el objetivo común de que un usuario se hospede en un inmueble con las características que mejor se adecúen a sus necesidades y que su arrendador ofrezca su bien para recibir ingresos adicionales. Dichos negocios jurídicos serán interdependientes y estarán vinculados sin perder su autonomía.

En primer lugar, Airbnb celebra un contrato de acceso y utilización de la aplicación con proveedores y usuarios, en el momento en que estos aceptan los términos y condiciones, y crean un perfil en la plataforma.

Además, estos mismos términos y condiciones son aplicables a las relaciones contractuales futuras. La plataforma celebra tanto con el usuario como con el proveedor, un contrato de intermediación. En Colombia, el Código de Comercio contempla varios tipos de intermediación que fueron descritos en el Título ii del Capítulo B, de la subsección anterior. En primer lugar, está el mandato y todos sus tipos especiales, el cual siempre implica la celebración o ejecución de uno o más actos de comercio por cuenta de otra persona, con o sin representación. Dentro del mandato, se encuentran el contrato de comisión, que es un mandato ejercido por un profesional; el contrato de agencia comercial, por el cual un comerciante asume la promoción y explotación de un negocio en un territorio específico; y el contrato de preposición, que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio.

Airbnb no parece encajar en ninguna de las formas especiales del mandato dado que no administra un establecimiento de comercio, ni adelanta la promoción y explotación de un negocio en un determinado lugar. Tampoco es Airbnb quien celebra o ejecuta los contratos de arrendamiento, pues son los usuarios quienes eligen con quién, cuándo y en qué condiciones contratar (aunque las que realmente pacten sean pocas). Por esta razón, tampoco

encajaría en el mandato general dado su papel limitado en la celebración y ejecución del contrato.

Es por lo anterior que, en el marco normativo colombiano, la figura que mejor se corresponde con la actividad de Airbnb es el contrato de corretaje, en el cual no hay facultad del intermediario para contratar, a nombre propio y por cuenta ajena, o ejecutar el negocio. Así, la plataforma, como profesional que cuenta con especiales conocimientos del mercado, cumple con la función de poner en contacto al usuario y proveedor para que sean ellos quienes celebren el negocio jurídico deseado.

Por su parte, la relación entre el proveedor y el usuario encaja perfectamente en la figura de arrendamiento. No obstante, dado que hay clases especiales de arrendamiento, el tipo de contrato variará dependiendo de cada caso concreto y podrá ser arrendamiento civil, arrendamiento de vivienda urbana o contrato de hospedaje. El arrendatario será quien por medio de la plataforma contrate directamente con el arrendador. Sin embargo, puede haber más de un huésped o morador, quienes serán entonces beneficiarios del contrato, sin tener por ello las mismas obligaciones y derechos contractuales del arrendatario principal.

a. Obligaciones como plataforma

Como plataforma electrónica y de acuerdo con los términos y condiciones, Airbnb deberá cumplir las siguientes obligaciones⁶²:

i). Obligación de adecuado funcionamiento de la plataforma

Como prestador del servicio de acceso a la plataforma digital, Airbnb debe brindarles a sus usuarios y proveedores un adecuado funcionamiento de la aplicación, como por ejemplo que

⁶² Se hace la misma precisión mencionada en Uber, en relación con la clasificación de las obligaciones en medios y resultado.

el sistema de cobro a los usuarios y de pago a los proveedores se ejecute de manera correcta, según lo establecido en los términos y condiciones, y que el algoritmo mediante el cual se asocian los inmuebles disponibles a los requerimientos de los usuarios funcione adecuadamente. Se trata de una obligación de resultado.

ii). Obligación de buen manejo de datos y de información

Frente a estas dos obligaciones, hacemos remisión a lo expuesto en el Título ii sobre las obligaciones de Uber, incluyendo lo relativo a la ley de protección de datos.

iii). Deber de monitorear

Al igual que Uber, Airbnb tiene un sistema de calificación de usuarios y proveedores, que permite que quien contrató con estos, deje en la plataforma una evaluación del servicio. De esta manera, otras personas vinculadas podrán conocer el desempeño de aquel con quien podrían contratar. Así mismo, de la mano de la obligación de información y de buen manejo de datos, surge a cargo de Airbnb el deber de tener conocimiento sobre sus usuarios y especialmente sobre las personas que están ofreciendo sus inmuebles, monitorear las calificaciones y tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y calidad del servicio ofrecido. De omitir las advertencias dejadas por los usuarios, podría incurrir en responsabilidad por los daños causados, de acuerdo con el *notice-based system*⁶³. Se trata de una obligación de medios en la cual la diligencia y cuidado se define por la capacidad de reacción ante las advertencias contundentes y recurrentes. No obstante, es difícil establecer en qué punto se concreta este deber en una obligación con consecuencias jurídicas precisas, cuándo se establece el incumplimiento y cómo opera la indemnización de los perjuicios.

⁶³ En los términos y condiciones pareciera que Airbnb se exonera por completo de esta obligación. No obstante, se reserva la facultad de revisar las calificaciones y tomar medidas sancionatorias y preventivas, tendientes a garantizar la seguridad de los usuarios y proveedores. Podría imponerles multas, exigir cambios en la prestación del servicio o, eventualmente, cancelar su acceso a la plataforma.

b. Obligaciones como corredor

Airbnb celebra entonces dos contratos de corretaje con encargos distintos, aunque haya un sujeto común (Arrubla Paucar, 2015). Por un lado, se obliga con el usuario a buscar y ofrecer los inmuebles disponibles de acuerdo con sus exigencias y especificaciones. Por el otro, se obliga con el proveedor a ofrecer su inmueble a los usuarios y a indicarle cuándo uno o varios de estos están interesados en arrendarlo. Del corretaje surgen varias obligaciones principales e implícitas:

i). Obligación de intermediación

La obligación principal de Airbnb consiste en acercar a dos personas con el fin de que celebren un contrato de arrendamiento, y la cumple desplegando toda su diligencia y cuidado para facilitar el negocio encomendado, a través de todas las acciones posibles para que ambas partes logren el contrato que desean. Esta es una obligación de medios que Airbnb ejecuta proponiéndole a los usuarios aquellos inmuebles que mejor se adapten a sus necesidades, sin estar obligado al resultado de que estos negocios se concluyan (bien podría un usuario buscar un inmueble con unas especificaciones tan particulares que no logre adaptarse a ninguna de las propuestas de la plataforma).

ii). Obligación de información

Se trata de una obligación expresa del artículo 1344 del Código de Comercio y también implícita en la buena fe contractual, en cabeza del corredor y a favor de ambas partes, consistente en comunicarles todas las circunstancias conocidas por él, que se relacionen con la valoración y la seguridad del negocio. Airbnb estaría obligado a informar todas las condiciones específicas de cada inmueble, las calificaciones tanto de los usuarios como de los proveedores y cualquier otra información relevante para las partes. Esta obligación es de

resultado dado que no basta con que Airbnb intente brindar toda la información necesaria, sino que de hecho debe hacerlo, so pena de incurrir en responsabilidad.

iii). Obligaciones de registro, confidencialidad e imparcialidad

Estas obligaciones tienen que ver con el buen manejo de datos por parte de la plataforma. El corredor, según la ley colombiana, debe llevar registro de todos sus encargos (partes, bienes y remuneración), guardar silencio sobre las operaciones en las que intervinieron y defender los intereses de ambos de manera imparcial. Así, la plataforma debe proteger los datos personales de usuarios y proveedores, y promover las relaciones entre ellos sin beneficiar a una parte específica⁶⁴.

c. Obligaciones derivadas del arrendamiento

Por otro lado, frente al contrato entre el proveedor y el usuario, Airbnb no es más que un tercero intermediario que fija algunas de las condiciones contractuales pero que no por eso se convierte en parte. Este contrato será de arrendamiento civil, de arrendamiento de vivienda urbana o de hospedaje, dependiendo de algunos factores.

En primer lugar, la destinación del inmueble diferencia el contrato de arrendamiento de vivienda urbana de los demás. En segundo lugar, el contrato de hospedaje trae un término de duración especial de menos de 30 días. El arrendamiento civil y el de vivienda urbana no requieren ningún plazo específico. Finalmente, la calidad de las partes del contrato definirá si se trata de un arrendamiento civil o comercial (hospedaje). En relación con esta última, la calidad de comerciante de un arrendador podrá aumentar el nivel de exigencia en el cumplimiento de las obligaciones.

⁶⁴ Dado que la plataforma funciona con algoritmos, probablemente las obligaciones de registro e imparcialidad se cumplan fácilmente. En relación con la obligación de confidencialidad, podría haber filtración de datos o publicación excesiva de información, dado que los perfiles de los proveedores y los usuarios son públicos.

Al negocio que Airbnb facilita se le aplicará entonces el régimen de cada uno de estos contratos, cuyas obligaciones son muy similares. Las principales, de entregar el inmueble y pagar el canon o precio, están claras y no requieren mayor explicación para efectos de la responsabilidad. Es importante detenernos únicamente en las siguientes obligaciones:

i). Obligación de entregar y conservar en buen estado

El arrendador del inmueble debe mantener el bien en buen estado para que actuales y futuros usuarios puedan gozar de este adecuadamente. Asimismo, el usuario, y demás moradores, deben conservar el inmueble, para poder devolverlo al proveedor tal como fue recibido. Esta obligación es de resultado dado que no basta probar diligencia y cuidado en la conservación del bien y únicamente la causa extraña puede justificar el daño o la entrega defectuosa del inmueble⁶⁵.

ii). Obligación de garantizar el goce efectivo del inmueble

El arrendatario está obligado a garantizar que el usuario no sea perturbado mientras goce del inmueble, en el término del contrato, por él o por terceros. Se trata de una obligación de resultado pues si otro le arrebatara la tenencia efectiva del inmueble al usuario, será un claro incumplimiento por parte del arrendador.

iii). Obligación de hacer reparaciones necesarias

El arrendatario deberá hacer las mejoras necesarias a que haya lugar durante su estancia en el inmueble y el arrendador deberá reembolsarlas⁶⁶, a menos que hayan sido causadas por

⁶⁵ Sin embargo, el buen estado del inmueble puede ser subjetivo, dependiendo de los hábitos y la cultura de cada parte.

⁶⁶ La plataforma no parece tener incorporada esta opción.

culpa del arrendatario o sus dependientes. En caso de no repararlas, la plataforma incluye un sistema por medio del cual los arrendadores podrían reportar daños causados por los arrendatarios no reparados, para que se les descuenten a estos últimos de su tarjeta de crédito de forma inmediata (posibilidad contemplada en los términos y condiciones)⁶⁷.

iv). Cumplimiento de requisitos legales

Dependiendo de cada contrato habrá unos requisitos adicionales, que tendrá el arrendador por disposición legal expresa. Por ejemplo, en el contrato de hospedaje, el anfitrión debe cumplir todos los parámetros y exigencias del sector turístico y hotelero que pueden ser más exigentes que en las otras figuras contractuales⁶⁸, y se materializan en obligaciones expresas que podrán llevar a imputarle al arrendador responsabilidad por un daño, en virtud del incumplimiento de dichos requisitos.

ii. Responsabilidad extracontractual

En relación con el régimen extracontractual, el análisis de la actividad peligrosa no encuentra aplicación en Airbnb. En cambio, podrían darse casos de **responsabilidad por el hecho propio** cuando los propietarios de los inmuebles arrendados o los usuarios de la plataforma causen un daño a terceros. En principio, el agente que cause el daño respondería por su propio hecho dañoso, a título de culpa probada. Airbnb también respondería por daños causados a terceros en ejercicio de sus funciones como plataforma. Por ejemplo, los daños al sector hotelero o a los mismos consumidores por prácticas anticompetitivas, cualquier perjuicio que

⁶⁷ Este cobro automático de la tarjeta de crédito parece encajar en la figura del derecho de retención (que tienen también los hoteleros) en virtud del cual la plataforma se reserva la posibilidad de cobrarle al huésped los daños que cause, en caso de que no los pague voluntariamente.

⁶⁸ En la Subsección i se mencionó el requisito de tener RNT para todos los arrendadores de Airbnb que el Mincit parece haber acordado con la compañía. Sin embargo, aún no hay certeza normativa de esta exigencia.

sufra un tercero por actividad de promoción y mercadeo adelantada a través de los empleados o dependientes de Airbnb, o conflictos de publicidad engañosa.

Por otro lado, podría haber **responsabilidad por el hecho ajeno** en caso de imputársele un daño a Airbnb por su negligencia en el monitoreo de los usuarios de la plataforma cuando esto genere un perjuicio a un tercero. Así, Vanessa Katz (ver Sección I) propone que en los casos en que se demuestre que ya existía una mala calificación o un reporte de mala conducta en el sistema de la plataforma y esta no hiciera nada al respecto, los daños causados a terceros podrían imputársele a Airbnb. Este razonamiento podría aplicarse en Colombia bajo la figura de una *culpa in vigilando*, la cual se presume frente a quien tiene un deber de vigilar, elegir o educar. Una vez la plataforma tiene conocimiento de la situación (por ejemplo, un huésped ruidoso, con malos hábitos o comportamientos peligrosos), en virtud de su deber de monitorear, similar al de Uber, debe tomar medidas para evitar que dicha situación se siga presentando y termine desencadenando en un daño a terceros, como serían los demás miembros de una copropiedad. Una vez probada la culpa del huésped o proveedor adscrito a la plataforma y respecto del cual existía algún tipo de advertencia grave, surgiría una presunción de culpa de la plataforma, quien podría exonerarse probando que tomó todas las medidas posibles para evitar el daño (diligencia y cuidado) en la vigilancia, así como una causa extraña o causal de justificación, en relación con su culpa o la del usuario.

Por otra parte, podría darse una responsabilidad objetiva por **perturbaciones del vecindario**. Como ya se dijo, debe tratarse de una perturbación anormal o excesiva, que un vecino promedio no está obligado a soportar, es decir, que altere sustancialmente el estado de cosas habitual de un vecindario. En los inmuebles de Airbnb, sería causada por el arrendatario o huésped, por el hecho de ser el tenedor efectivo del bien. En el caso concreto, será el juez quien, teniendo en cuenta el contexto, el tipo de vecindario, las perturbaciones comunes de la zona y la ubicación geográfica, aprecie la anormalidad que podría llegar a causar un huésped de un Airbnb durante su estadía en un apartamento (por ejemplo, ruido excesivo y constante en un vecindario tranquilo). La compensación que imponga el juez recaerá directamente sobre quien cause la perturbación.

iii. Régimen de protección al consumidor

En relación con el régimen de consumo establecido en la Ley 1480 de 2011, conforme a lo señalado por la SIC en el concepto del 15 de noviembre de 2013, éste no sería aplicable en aquellos casos en donde el negocio jurídico se haya celebrado con una empresa extranjera, que no tiene sucursal ni representación legal en el país, pues en estos casos la relación de consumo desbordaría el ámbito de protección de las normas nacionales sobre la materia. Como consecuencia de lo anterior, teniendo en cuenta que Airbnb se limita a prestar un servicio de intermediación a través de una plataforma digital y que no cuenta con personería jurídica ni representación en Colombia, no estaría sometido al régimen consagrado en el Estatuto del Consumidor y por ende los usuarios no podrían solicitar la protección de sus derechos en la jurisdicción colombiana bajo el amparo de esta norma.

No obstante, en caso de que llegara a constituirse como una persona jurídica en Colombia, le sería aplicable el régimen del Estatuto, conforme a lo ya expuesto en relación con Uber. En consecuencia, las cláusulas abusivas de sus términos y condiciones serían ineficaces de pleno derecho y su obligación de información quedaría reforzada. El régimen de servicios defectuosos en principio también sería aplicable, teniendo en cuenta que el intermediario hace parte de la cadena de prestación del servicio, y podrían causarse daños corporales o materiales con ocasión del arrendamiento (los daños ocasionados por los bienes del inmueble entrarían al régimen de productos defectuosos).

Por otro lado, al arrendador (que sí es persona en Colombia) podría quedar cubierto bajo este régimen especial, en caso de que se le considere comerciante, pues se daría una asimetría entre este y su arrendatario. En este caso, le aplicarían todas las normas del Estatuto ya explicadas sobre productos y servicios defectuosos, cláusulas abusivas (aunque no hay texto contractual del contrato de arrendamiento) y obligación de información.

iv. Régimen de propiedad horizontal

Dado que Airbnb permite que particulares arrienden sus propias viviendas cuando estas no se encuentren habitadas o cuando cuenten con un espacio disponible, podría suceder que los inmuebles sobre los cuales recae el contrato se encuentren sometidos a un régimen de propiedad horizontal y, en consecuencia, a un régimen de responsabilidad desarrollado en el reglamento de esta. Como se indicó en el capítulo respectivo, cada conjunto o edificio puede crear un reglamento de propiedad horizontal propio para regular las obligaciones y deberes no pecuniarios de los propietarios y personas que allí habitan, para garantizar la seguridad, convivencia y adecuada administración de los bienes comunes⁶⁹. Así, pueden determinarse con precisión las consecuencias y sanciones en caso de que una de estas personas no cumpla con sus obligaciones y genere un daño o perjuicio a los bienes comunes, privados o a los demás miembros de la copropiedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el análisis del régimen de responsabilidad civil aplicable a Airbnb, en los supuestos en donde el bien inmueble haga parte de una propiedad horizontal, varía dependiendo de cada caso concreto y de las disposiciones contenidas en el reglamento respectivo. Por ejemplo, cada conjunto o edificio puede regular autónomamente las sanciones por los daños causados a los bienes comunes, actos que perturben la convivencia sana y pacífica, incumplimiento de los deberes de la comunidad, entre otros.

No obstante, no debe olvidarse que sí existe una disposición legal sobre la materia, aplicable a todos los casos, en virtud de la cual se entienden solidariamente responsables el propietario del inmueble y sus moradores, de las obligaciones ordinarias y extraordinarias y de las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento de los deberes reglamentarios; disposición que resultaría de gran importancia en el caso de Airbnb. El propietario del

⁶⁹ Las copropiedades, según la Ley 675 de 2001, están obligadas a asegurar los bienes comunes, al menos contra los riesgos de incendio y terremoto. Esto podría llegar a cubrir daños causados por usuarios de Airbnb, sin perjuicio de las acciones generales de responsabilidad civil que se ejerzan contra los responsables.

inmueble arrendado a través de la plataforma entraría a responder ante la copropiedad por los daños que eventualmente causen los usuarios o sus dependientes durante la ejecución del contrato. Esto tendría una gran relevancia práctica pues en la mayoría de los casos las quienes que arriendan los inmuebles son extranjeros que se alojan unos cuantos días, y de los cuales no se tiene información alguna; establecer la responsabilidad solidaria frente al propietario del inmueble le permitiría a la propiedad horizontal obtener una indemnización por los perjuicios causados por arrendatarios transitorios.

Finalmente, a pesar de que no tiene una incidencia en el régimen de la responsabilidad civil de Airbnb, es importante señalar que conforme a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 2590 de 2009, por medio del cual se reglamenta la Ley 300 de 1996, para ejecutar un contrato de hospedaje (prestación permanente u ocasional de servicios de vivienda turística) dentro de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, se requiere que esta actividad esté permitida expresamente en el reglamento respectivo.

v. Conclusión

De lo expuesto anteriormente, puede concluirse entonces que, al igual que en el caso de Uber, el régimen de la responsabilidad civil en Colombia cuenta con los elementos necesarios y suficientes para responder ante los eventuales daños causados en ejercicio de la actividad adelantada por Airbnb. Dado que esta compañía también afirma ser un mero intermediario en las relaciones que se estructuran a través de la plataforma, es igualmente necesario determinar el esquema comercial que se presenta en estas relaciones para definir el límite entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Se presentan entonces varias relaciones contractuales. En primer lugar, se forma un contrato entre Airbnb y los proveedores y usuarios mediante el cual se permite el acceso y utilización de la plataforma digital. En segundo lugar, consideramos que tanto proveedores como usuarios celebran un contrato de corretaje con Airbnb con el fin de que la plataforma los conecte con la persona con la que finalmente y de forma directa celebran el negocio jurídico

deseado. En tercer lugar, los proveedores y los usuarios de la plataforma contratan bajo lo que podrá ser arrendamiento civil, arrendamiento de vivienda urbana u hospedaje, dependiendo de las particularidades del caso (destinación, término de duración y calidad de las partes). Así, todos los daños derivados de la utilización de la plataforma y del incumplimiento del contrato de corretaje o arrendamiento, encajarían dentro del régimen de la responsabilidad contractual.

Al analizar las particularidades de cada figura, surge la duda de cuál es el elemento esencial que hace que un arrendamiento común se convierta en hospedaje. Según la norma, parece ser el término inferior a 30 días lo que determina esta calidad. Así, un arrendamiento civil de 29 días podría encajar dentro de esta categoría, aunque no cumpla con el requisito formal del registro hotelero; esto podría llevar a considerar comerciales contratos que en realidad no lo son por el simple hecho de su duración.

Para sanear esta dificultad, los distintos Estados alrededor del mundo han optado por establecer el número máximo de días durante los cuales un particular puede arrendar su inmueble, a través de la modalidad de corto término, sin que se convierta en una actividad profesional o comercial. Superado cierto número de días al año, la persona se convierte en comerciante y debe someterse a normas especiales. Esta sería una posible propuesta para caracterizar claramente el contrato de hospedaje en Colombia pues quienes celebren arrendamientos de forma reiterada durante un periodo anual (en otros países el número total de días oscila entre los 90 y los 150 días al año), lo harían en calidad de “empresario de hospedaje” y deberá cumplir los requisitos de la Ley de Turismo.

En relación con el régimen de la responsabilidad extracontractual, al no recaer los servicios prestados por la plataforma o los proveedores sobre una actividad que pueda considerarse como peligrosa, los eventuales daños producidos serían imputables a título de responsabilidad por el hecho propio o por el hecho ajeno. En el primer caso, encajarían aquellos daños causados a terceros por parte de los usuarios, proveedores o plataforma y sería necesario probar la culpa del agente para atribuirle la responsabilidad. En el segundo caso,

Airbnb respondería por los daños causados por los usuarios y proveedores cuando exista en su cabeza un deber de actuar derivado de la obligación de monitoreo antes mencionada. Un tercer factor de imputación, menos común y desarrollado por la doctrina, es el de la responsabilidad por perturbaciones del vecindario, según el cual respondería por las molestias excesivas de manera objetiva el agente que las cause.

Por otro lado, si bien en principio no resulta aplicable el Estatuto del Consumidor al modelo de Airbnb, el régimen especial de la propiedad horizontal sí se ajusta a los casos en los que el inmueble en cuestión haga parte de una propiedad horizontal. Así, dependiendo de lo establecido en el reglamento de la misma, responderán de manera solidaria el propietario del inmueble y los moradores o arrendatarios, de acuerdo con las decisiones de la asamblea de administración, sobre las sanciones por los daños causados a bienes comunes o particulares, o por el incumplimiento de las obligaciones de los copropietarios.

Aunque estos regímenes parecen satisfactorios, queda la dificultad de perseguir judicialmente a la compañía Airbnb y a los huéspedes, dado que el primero no es una persona jurídica constituida en Colombia y los segundos suelen ser extranjeros sin bienes en el país, que se quedan transitoriamente en el territorio nacional. Por lo tanto, consideramos que la solidaridad entre el propietario del inmueble y los moradores, establecida en el régimen de propiedad horizontal, sería una política legislativa que, de extenderse a todos los casos de arrendamiento, protegería a las potenciales víctimas de daños causados en el ejercicio del modelo de Airbnb. Es el arrendador quien se lucra de la actividad de arrendar su inmueble, que hace parte de un vecindario o comunidad, a un extraño ajeno a la misma, y es él quien puede controlar más fácilmente el riesgo que esta implica. Es por lo anterior que proponemos una reforma legislativa al régimen del arrendamiento (incluyendo vivienda urbana y hospedaje), que establezca una solidaridad perfecta entre el arrendador y sus arrendatarios, en relación con los daños que estos últimos causen a terceros, en ejercicio de sus facultades como partes de un contrato de arrendamiento.

CONCLUSIONES GENERALES

Las economías colaborativas son uno de los nuevos retos de la modernidad que enfrenta nuestra sociedad. Implican avances, pero también tensiones entre distintas visiones de la economía, el empleo, la productividad y la riqueza. Esta realidad debe alertar a economistas, políticos, sociólogos y juristas, quienes ya están emprendiendo el estudio de un fenómeno aparentemente novedoso.

Aunque hemos visto la colaboración entre los particulares desde hace varias décadas, como una forma de aprovechamiento de recursos, de cuidado del ambiente y de reconstrucción del tejido social, esta ha experimentado un crecimiento acelerado en los últimos años con los avances en la tecnología, la globalización, las crisis económicas y las preocupaciones medioambientales.

Lo anterior ha puesto en evidencia los vacíos (al menos aparentes) del Derecho para abordar las economías colaborativas en varios asuntos jurídicos que preocupan cada vez más a ciertos sectores. Los campos del derecho tributario, laboral y de seguridad social, la competencia, la protección de datos personales, la protección al consumidor y la responsabilidad civil son donde más han surgido cuestionamientos ante compañías colaborativas crecientes que entran a competir contra las del mercado tradicional, con ciertas ventajas importantes y gozando de privilegios frente a las normas. Para algunos, esta diferenciación es injustificada. Otros aducen que debe protegerse la libertad de empresa y la innovación, y que el modelo colaborativo presenta una diferencia fundamental: las interacciones entre particulares que no pueden ni deberían tratarse como los prestadores tradicionales.

Así, los avances de Uber, Airbnb y otras plataformas tecnológicas en todo el mundo han hecho reaccionar al Derecho de formas distintas, dependiendo del sector geopolítico, del desarrollo económico, del modelo de Estado y de las circunstancias particulares de cada país. Los estados europeos han tendido a restringir estos emprendimientos, protegiendo las viviendas de sus ciudades del turismo y promoviendo la seguridad jurídica; los

latinoamericanos han sido más liberales al respecto, aunque algunos han intentado regular estas actividades directamente; y Estados Unidos apoya en principio este sector económico, aunque cada Estado federado ha empezado a regular ciertos aspectos de forma autónoma.

Lo que sí es común a todos los Estados es que las economías colaborativas no pueden abordarse como un todo, sino que, para decidir la postura que debe adoptar el Derecho frente a estas, el ente regulador debe analizar cada plataforma para identificar los riesgos, problemas, posibles soluciones e implicaciones de la intervención estatal.

En Colombia las autoridades han sido tímidas al respecto. Tanto Uber como Airbnb (más el primero que el segundo) han causado polémica en su sector económico. El Mintransporte, el Mincit, la Supertransporte, Cotelco y el gremio de taxistas han sido los más fuertes opositores a que estas plataformas ejerzan su actividad libremente y sin casi ningún tipo de exigencia legal. Por su parte, la SIC, el Mintic y parte del sector industrial favorece a estas compañías pues impulsan el desarrollo de los particulares y el emprendimiento. El Congreso y las Altas Cortes aún no han expresado posiciones contundentes que puedan indicar hacia dónde va a dirigirse Colombia en la regulación del modelo colaborativo. Sin embargo, actualmente existen varios proyectos de ley tendientes a formalizar estas actividades, imponiendo ciertas exigencias, sin restringir su demasiado ejercicio.

Frente al tema de la responsabilidad civil, nos preguntamos si la normativa actual colombiana es suficiente para resolver las principales causaciones de daños en ejercicio de la actividad de Uber y Airbnb, o si por el contrario esta debe actualizarse a los nuevos modelos económicos. Al respecto, encontramos que:

1. No es posible establecer un régimen de responsabilidad civil que abarque la totalidad de las economías colaborativas, pues estas se diferencian unas de otras en muchos aspectos. Principalmente, interesa el nivel de intervención o participación que tiene la plataforma en las relaciones que ayuda a formar a través de la aplicación, lo cual será determinante

para definir qué tanto deberá responder en caso de que se cause un daño y qué relación contractual forma con proveedores y usuarios.

2. Para el régimen de la responsabilidad contractual, debe analizarse cuáles son las relaciones jurídicas estructuradas, para lo cual los términos y condiciones de acceso a las plataformas son el único texto contractual disponible y resultan insuficientes. En consecuencia, es necesario examinar la forma de intermediación de cada plataforma en la práctica y el tipo de negocio que facilita, para así organizar las relaciones entre las partes dentro de una estructura compleja de contratos, típicos o atípicos, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia colombianas.
3. Deben separarse los distintos elementos esenciales a cada plataforma, tales como, el acceso a la plataforma, la intermediación y el servicio que promueve, para identificar cada contrato, que existe de manera interdependiente a los demás. En primer lugar, puede identificarse un contrato inicial de acceso a la plataforma entre la compañía y sus usuarios y proveedores, regulado por los términos y condiciones, que enmarca los demás contratos que se van a formar. En segundo lugar, se presenta un contrato de intermediación, que podrá ser de distintos tipos dependiendo de sus particularidades. En Uber, es una comisión de transporte; en Airbnb un corretaje, pero podrían aplicarse otras figuras negociales. En tercer lugar, se forma un contrato de prestación de servicios o de acceso a bienes, que depende estrictamente del modelo de negocio de cada plataforma (necesidad a satisfacer, medios que se utilizan, sector económico), y sus partes también cambiarían de acuerdo con el tipo de intermediación. Así, la responsabilidad contractual de cada parte está sujeta al incumplimiento de las obligaciones surgidas de cada contrato.
4. El régimen de la responsabilidad extracontractual en Colombia ofrece figuras útiles y suficientes para hacer responsable a un agente por daños causados en ejercicio de la actividad de estas plataformas a terceros ajenos a las relaciones contractuales. Por un lado, encontramos los regímenes objetivos. En primer lugar, la responsabilidad por actividades peligrosas, como lo es la conducción, permite imputarle a un guardián que,

aunque no desarrolla la actividad riesgosa directamente, es quien tiene su control, manejo y dirección. Deberá acudir a criterios jurisprudenciales para establecer cuándo una plataforma será guardián de la actividad peligrosa que facilita y, por lo tanto, responder objetivamente (sin prueba de culpa) por los daños causados por sus proveedores en ejercicio de la conducción. Algunos de estos criterios podrían ser: el provecho económico que recibe del ejercicio de la actividad peligrosa, el control de la información de usuarios y proveedores, la capacidad de definir rutas y tarifas y de imponérselas a las partes, la posibilidad de exigir chequeos técnico-mecánicos a los conductores, la potestad sancionatoria sobre los sujetos intervinientes, entre otros. En segundo lugar, la responsabilidad por perturbaciones en el vecindario permite imputarle al dueño, morador o tenedor de un inmueble los daños causados por molestias a sus vecinos. Estas deben exceder las perturbaciones que una persona normal está obligada a soportar, es decir, debe afectar excesivamente el desarrollo cotidiano de los derechos de los vecinos.

5. En relación con los factores de imputación subjetiva de la responsabilidad, en cada caso concreto, dependiendo de quién cause el daño y de la relación entre la plataforma y sus proveedores, ésta será por el hecho propio o por el hecho ajeno. En primer lugar, la responsabilidad por el hecho propio de la plataforma se presentaría en aquellos casos de responsabilidad de las personas jurídicas en los que un proveedor cause un daño y exista una relación de dependencia⁷⁰ (no necesariamente un vínculo laboral) con la plataforma; y cuando la plataforma directamente cause daños en ejercicio de su propia actividad de intermediación, por medio de su aplicación móvil. En segundo lugar, la compañía respondería por el hecho ajeno cuando tenga un deber de vigilancia o monitoreo sobre el usuario o proveedor que cause un daño; dicho deber es en principio general, pero podrá concretarse en acciones específicas cuando exista una advertencia grave y reiterada sobre un usuario o proveedor, que ponga en conocimiento de la plataforma la inminencia de

⁷⁰ En los dos casos analizados en este escrito (Uber y Airbnb) no se consideró que existiera un vínculo de este tipo. Sin embargo, esto es debatible. Por ejemplo, en California los conductores de Uber se consideran empleados de la plataforma.

daños. La plataforma respondería a título de una culpa *in vigilando*, opción que ha sido planteada en Estados Unidos para imputarle responsabilidad a estas compañías únicamente cuando tengan información ante la cual debían tomar medidas para evitar daños futuros.

6. Se identifican finalmente dos regímenes especiales de responsabilidad. Por un lado, el régimen de protección al consumidor aplicaría a las relaciones de consumo con las plataformas y modificaría el régimen de la responsabilidad cuando se preste un bien o servicio defectuoso causante de daños corporales o materiales, y cuando se incumpla el deber de información consagrado en el Estatuto. De estos incumplimientos se derivaría una responsabilidad objetiva imputable a la plataforma. Además, el Estatuto consagra una prohibición de ciertas cláusulas abusivas, lo cual podría tener incidencia en el régimen general de responsabilidad contractual aplicable y dejar sin efecto muchas disposiciones de los términos y condiciones.
7. Por otro lado, el régimen de propiedad horizontal, analizado en relación con Airbnb, permite determinar responsabilidades y sanciones en cada copropiedad, ante los posibles daños que se causen por los dueños o moradores de los inmuebles. Así, se consagra una solidaridad expresa entre el arrendador y sus inquilinos por los daños que estos últimos puedan causarles a los bienes que integran la propiedad horizontal o a los de los demás copropietarios.

Dado que todavía no se presentan casos fallados en los que una plataforma responda por un daño causado en el marco de su actividad, los análisis jurídicos del presente escrito no son más que propuestas *a priori*, sobre un fenómeno incipiente en Colombia, que bien podrían plantearse de forma distinta⁷¹. Sin embargo, la estructura de responsabilidad planteada arroja

⁷¹ Podrían elegirse criterios distintos para establecer la guarda de Uber y del conductor; elegirse otros contratos de intermediación para enmarcar las relaciones formadas; proponerse leyes que restrinjan más o menos la responsabilidad de la plataforma intermediaria, entre otros.

como resultado fundamental que el ordenamiento jurídico colombiano ofrece suficientes elementos e instituciones jurídicas para solucionar el supuesto vacío normativo que se le critica al modelo colaborativo. Una regulación expresa del mismo, al menos en relación con la responsabilidad civil, no es necesaria ni urgente. No obstante, podrían plantearse políticas legislativas particulares ante un deseo de regulación especial o expresa. Se podría, por ejemplo, establecer qué contratos surgen entre los sujetos intervinientes o, como propusimos en este escrito, consagrar normativamente límites temporales a los arrendamientos por parte de particulares. Por ahora, estamos a la espera de mayores desarrollos doctrinales, legales y jurisprudenciales para resolver interrogantes que naturalmente surgen al examinar el fenómeno de estas plataformas desde el punto de vista jurídico.

Finalmente, puede concluirse que este modelo colaborativo trae beneficios económicos y sociales, que se han evidenciado gracias a que es novedoso y aún no ha sido regulado. El Derecho no debería ser un obstáculo ante este tipo de innovaciones que muchas veces favorecen al consumidor y a la generación de empleo. Sin embargo, tampoco puede quedarse de brazos cruzados ante las tensiones que crecen cada día en Colombia alrededor de plataformas como Uber y Airbnb. Aunque muchos de los asuntos jurídicos podrían reclamar una reacción urgente del legislador, la responsabilidad civil no es uno de ellos. Hace surgir muchas preguntas, que pueden resolverse en su mayoría con la aplicación y adaptación de las normas jurídicas actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, L., & Muñoz, R. (21 de diciembre de 2017). *La Justicia europea falla contra Uber y le obliga a operar con licencia*. Obtenido de El País: <https://elpais.com>
- Acevedo, D. D. (2016). *Regulating Employment Relationships in the Sharing Economy*. Employee Rights and Employment Policy Journal.
- Aguilar, M. L. (2015). “*Los Retos Jurídicos De Los Esquemas De Economía Compartida: Caso Uber*”. Medellín: Universidad Eafit.
- Alonso, I. (26 de octubre de 2017). *La sanidad británica prueba un «Airbnb» para alquilar habitaciones a pacientes*. Obtenido de ABC: <http://www.abc.es>
- Ámbito Jurídico. (15 de enero de 2018). *Estas son las razones de la Corte para no amparar derechos a conductores de Uber*. Obtenido de Ámbito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general-tecnologia/constitucional-y-derechos-humanos/estas-son-las-razones-de-la-corte>
- Apráez, B. E. (2014). La responsabilidad por productos defectuosos en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional. *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado*.
- Arrubla Paucar, J. A. (2015). *Contratos mercantiles: contratos típicos*. Bogotá: Legis.
- Bauwens, M. (2006). *The Political Economy of Peer Production*. Tailandia: Payap University and Chiang Mai University.
- Bayart, B. (9 de junio de 2015). *Taxis, VTC, UberPop : ce que dit la loi*. Obtenido de Le Figaro: <http://www.lefigaro.fr>
- BBC Mundo. (22 de abril de 2016). *¿Cuánto gasta Uber en resolver sus disputas legales?* Obtenido de BBC Mundo: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160420_economia_uber_gasto_abogados_if
- Blablacar. (2018). *Pourquoi le covoiturage de BlaBlaCar est légal*. Obtenido de Blablacar: <https://www.blablacar.fr/blablalife/reinventer-voyage/construire-la-confiance/loi-covoiturage-blablacar-legal>

- Botsman, R., & Rogers, R. (2010). *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*. Nueva York: Harper Collins Publishers.
- Buenadicha, C., Cañigüeral Bagó, A., & De León, I. (junio de 2017). *Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe*. Obtenido de Banco Interamericano de Desarrollo: <https://www.iadb.org/en>
- Castillo, D. (octubre de 16 de 2015). *Tribunal declara que Uber es legal en Inglaterra*. Obtenido de La Nación: <https://www.nacion.com>
- Castro, M. (2010). El hecho ilícito. Nociones fundamentales. *Derecho de las obligaciones*, 19-41.
- Codagnone, C., Biagi, F., & Abadie, F. (2016). *The Passions and the Interests: Unpacking the 'Sharing Economy'*. Sevilla: Joint Research Center Science Hub.
- Congreso Visible. (25 de febrero de 2018). *Proyectos de Ley*. Obtenido de Proyectos de Ley: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/>
- Doncel, L. (22 de enero de 2018). *El sueño de Airbnb cae en manos de los profesionales*. Obtenido de El País: <https://elpais.com>
- Eduardo, E. (7 de abril de 2017). *¿Será Brasil el comienzo del fin de Uber en la región?* Obtenido de CIOAL: <http://www.cioal.com>
- El Diario. (8 de febrero de 2018). *Dos mil taxistas bloquean Praga en protesta contra Uber*. Obtenido de El Diario: https://www.eldiario.es/cultura/taxistas-bloquean-Praga-protesta-Uber_0_738077012.html
- El Mercurio. (4 de enero de 2018). *Comisión de Transporte aprobó proyecto de ley que regulará funcionamiento de Uber y Cabify*. Obtenido de El Mercurio: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/01/04/889796/Comision-de-Transporte-aprobo-proyecto-de-ley-que-regularizara-Uber-y-Cabify.html>
- El Sol de México. (16 de octubre de 2017). *Uber tendrá seguro para usuarios y conductores sin costo*. Obtenido de El Sol de México: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/uber-tendra-seguro-para-usuarios-y-conductores-sin-costo-265204.html>

- El Tiempo. (1 de octubre de 2017). *Discuten medidas para regular plataformas digitales turísticas*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/vida/viajar/discuten-medidas-para-regular-plataformas-digitales-turisticas-como-airbnb-135832>
- El Tiempo. (12 de febrero de 2018). *El Fallo judicial ordena el bloqueo de Uber en Argentina*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/fallo-judicial-ordena-el-bloqueo-de-uber-en-argentina-181674>
- El Tiempo. (12 de febrero de 2018). *Ordenan el bloqueo de Uber en Argentina*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/fallo-judicial-ordena-el-bloqueo-de-uber-en-argentina-181674>
- El Tiempo. (24 de octubre de 2017). *La 'parahotelería' es el mayor desafío para el gremio: Cotelco*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/vida/viajar/camas-ocupadas-en-hoteles-no-crecen-tanto-como-visitantes-extranjeros-134214>
- El Tiempo. (29 de diciembre de 2017). *Prepárese, servicios como Netflix, Uber y Spotify ahora tendrán IVA*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/impuestos-en-el-sector-tic-tras-reforma-tributaria-31099>
- El Tiempo. (7 de agosto de 2017). *Anfitriones de Airbnb tienen que formalizarse con registro nacional de turismo*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/vida/viajar/anfitriones-de-airbnb-tienen-que-formalizarse-con-registro-nacional-de-turismo-117160>
- El Tiempo. (7 de agosto de 2017). *Anfitriones de Airbnb tienen que formalizarse: Mincomercio*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/vida/viajar/anfitriones-de-airbnb-tienen-que-formalizarse-con-registro-nacional-de-turismo-117160>
- Errard, G. (01 de diciembre de 2017). *Êtes-vous déjà enregistré pour louer votre logement sur Airbnb ?* Obtenido de Le Figaro Immobilier: <http://immobilier.lefigaro.fr>
- Esteve, J. (30 de marzo de 2016). *Uber regresa a España con conductores privados y los taxistas en pie de guerra*. Obtenido de El Confidencial: <https://www.elconfidencial.com>

- Esteve, J. (11 de mayo de 2017). *Golpe ¿de muerte? a Uber: qué pasará a partir de ahora con el 'enemigo del taxi'*. Obtenido de El Confidencial: <https://www.elconfidencial.com>
- Estrada, R. (23 de agosto de 2017). *Cámara de diputados de Chile rechaza la opción de viajes compartidos en Ley Uber*. Obtenido de FayerWayer: <https://www.fayerwayer.com>
- Fariza, I. (15 de mayo de 2017). *Ciudad de México será pionera en regular la 'app' Airbnb*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com>
- Financial Times. (2 de junio de 2016). *La Regulación en los tiempos de Uber y Airbnb*. Obtenido de Ferrada Nehme: <http://www.fn.cl/noticias/la-regulacion-en-los-tiempos-de-uber-y-airbnb/>
- Forbes. (7 de noviembre de 2017). *Uber se une a sus rivales para bloquear regulación en Brasil*. Obtenido de Forbes: <https://www.forbes.com.mx/uber-y-rivales-se-unen-para-bloquear-regulacion-en-brasil/>
- Gansky, L. (2010). *The mesh: why the future of business is sharing*. Nueva York: Portfolio.
- Gerente. (23 de febrero de 2017). *¿Se puede vivir de la economía colaborativa?* Obtenido de Gerente.com: <http://gerente.com/co/se-puede-vivir-la-economia-colaborativa/>
- Guimón, P. (22 de septiembre de 2017). *Uber pierde la licencia para operar en Londres por motivos de seguridad*. Obtenido de El País: <https://elpais.com>
- Hill, C. (29 de diciembre de 2017). *NUEVAS NORMAS PARA AIRBNB EN ESPAÑA, ASÍ TE AFECTAN*. Obtenido de Tu Experto: <https://www.tuexperto.com>
- Ivana, P., & Giancarlo, P. (2015). Sharing economy: a step toward the re-embeddedness of the economy? *Stato e Mercato*, No. 10, 353.
- Katz, V. (2015). Regulating the Sharing Economy. *Berkeley Tech. L.J.* 1067.
- Knight, B. (29 de mayo de 2016). *¿Gana o pierde Berlín prohibiendo Airbnb?* Obtenido de DW: <http://www.dw.com>
- Latitude Magazine. (2010). 'The new sharing economy', a study by latitude in collaboration with Shareable Magazine. *Latitude Magazine and Shareable Magazine*. Obtenido de <http://latdsurvey.net/pdf/Sharing.pdf>.

- Laughlin, C. (2017). Arbitration Clause Issues in Sharing Economy Contracts. *Journal of Dispute Resolution*, 197-217.
- Le Tourneau, P. (2006). *La Responsabilidad Civil Profesional*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Linares, G. L. (2017). La personificación de las relaciones económicas a través de la economía colaborativa: los límites al supuesto de no-tuismo. *ECO Revista Académica*, 107-115.
- Márquez, I. D. (2016). Proyecto de Ley 135. *Por medio del cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de beneficio e interés colectivo-BIC*. Bogotá. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2016-2017/778-proyecto-de-ley-135-de-2016>
- McPeak, A. A. (2016). Sharing Tort Liability in the New Sharing Economy. *Connecticut Law Review*.
- Ministère de la Transition écologique et solidaire. (28 de julio de 2017). *Le covoiturage en France*. Obtenido de Ministère de la Transition Écologique et Solidaire: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/covoiturage-en-france>
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (s.f.). Proyecto de Decreto.
- Morales, J. (19 de noviembre de 2017). *Uber seguirá operando en Londres durante “algunos años”*. Obtenido de El Ibérico: <http://www.eliberico.com>
- Musi, M. J. (16 de enero de 2015). Airbnb: una casa en cada país del mundo. *Forbes México*. Obtenido de Forbes México: <https://www.forbes.com.mx/airbnb-una-casa-en-cada-pais-del-mundo/>
- Navio, J., Santaella, J., Portilla, J. A., & Martín, J. (2017). *Informe sobre economía colaborativa*. Madrid.
- Noticias RCN. (19 de marzo de 2018). *Un vehículo autónomo de Uber mata a una peatona en EE.UU*. Obtenido de Noticias RCN: <https://www.noticiasrcn.com/internacional-mundo/un-vehiculo-autonomo-uber-mata-una-peatona-eeuu>
- Portafolio. (14 de mayo de 2017). *Airbnb comenzará a tributar en la región*. Obtenido de Portafolio: <http://www.portafolio.co/negocios/airbnb-comenzara-a-tributar-en-la-region-505870>

- Portafolio. (14 de noviembre de 2017). *Uber anunció que fortalecerá sus pólizas de seguros*. Obtenido de Portafolio: <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/uber-anuncio-que-fortalecera-sus-polizas-de-seguros-511607>.
- RCN Radio. (22 de enero de 2018). *Corte Suprema rechazó tutela que pedía regular Uber en Colombia*. Obtenido de RCN Radio: <https://www.rcnradio.com/colombia/corte-suprema-rechazo-tutela-que-pedia-regular-uber-en-colombia>
- Reuters. (30 de abril de 2017). *France: Feu vert aux registres de loueurs Airbnb des grandes villes*. Obtenido de Reuters: <https://fr.reuters.com/article/topNews/idFRKBN17W0KH-OF RTP>
- Revista Dinero. (28 de junio de 2016). *Rappi: La aplicación colombiana de domicilios y favores brilla en Silicon Valley*. Obtenido de Dinero: <http://www.dinero.com/emprendimiento/articulo/rappi-la-aplicacion-de-domicilios-y-favores-colombiana/226088>
- Romero, J. (17 de junio de 2015). *California dice que conductores de Uber son empleados, no socios*. Obtenido de San Diego Red: <http://www.sandiegored.com>
- Sala de Prensa de la Superintendencia de Transporte. (2017). *Supertransporte confirma millonaria sanción a Uber Colombia*. Bogotá: Oficina de Comunicaciones y Prensa. Obtenido de http://www.supertransporte.gov.co/images/Sliders/2017/Agosto/CP101-03ago_Confirman_Sancion_Uber_Publicidad.pdf.
- Scott, C. (1 de marzo de 2018). *An Update on Insurance*. Obtenido de Uber: <https://www.uber.com>
- Scott, I., & Brown, E. (2017). Redefining and Regulating the New Sharing Economy. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 553-600.
- Seitz, M. (16 de noviembre de 2015). *Un Uber para casi todo: ¿es imparable el fenómeno de la "uberización" de la economía?* Obtenido de BBC Mundo: <http://www.bbc.com>
- Selloni, D. (2017). *Codesign for Public Interests Services*. Milán: Springer International Publishing.

- Semana. (31 de agosto de 2016). *Supertransporte le prohíbe a Uber hasta la publicidad*. Obtenido de Semana: <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/superintendencia-de-puertos-y-transportes-amenaza-con-multas-a-uber/491987>
- Semana. (9 de mayo de 2016). *El importante guiño de la SIC a Uber*. Obtenido de Semana: <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/la-sic-habla-sobre-decreto-de-taxistas-y-favorece-a-uber/492622>
- Semprún, Á. (21 de diciembre de 2017). *La UE abre la puerta a frenar el modelo de negocio de Uber, Airbnb o Glovo*. Obtenido de El Economista: <http://www.eleconomista.es>
- Slebi Asela, M. L. (2010). Responsabilidad civil y responsabilidad penal. *Derecho de las Obligaciones*, 421-445.
- Souben, Y. (2 de octubre de 2017). *La plateforme pour se déclarer hôte Airbnb à Paris vient d'ouvrir*. Obtenido de Huffpost: <http://www.huffingtonpost.fr>
- Statista . (2017). *Las plataformas de economía colaborativa - Datos estadísticos*. Obtenido de es.statista.com: <https://es.statista.com/temas/4161/las-plataformas-de-economia-colaborativa/>
- Suescún Melo, J. (2003). *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo Tomo II*. Bogotá: Legis S.A.
- Sundararajan, A. (2016). *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*. Cambridge: MIT Press.
- Sustacha, R. A. (10 de enero de 2017). *LOS PROBLEMAS LEGALES DE AIRBNB EN LONDRES PUEDEN HACERLE PERDER 400 MM\$ EN RESERVAS*. Obtenido de Marketing4commerce: <https://marketing4ecommerce.net/airbnb-en-londres-suma-problemas/>
- Tamayo Jaramillo, J. (1996). *El contrato de transporte*. Bogotá: Colombo Editores Ltda.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- Turdera, C. (23 de septiembre de 2017). *Airbnb consolida su modelo en Latinoamérica*. Obtenido de Dirigentes Digital: <https://dirigentesdigital.com>
- Tusk, B. (10 de noviembre de 2017). Obtenido de CNBC: <https://www.cnbc.com>
- Ulrich, K. (18 de mayo de 2017). *Uber, en la mira de la Justicia*. Obtenido de DW: <http://www.dw.com>

Ventura, A. (17 de septiembre de 2017). *Airbnb vs. hoteleros: la guerra por los turistas*.

Obtenido de La Nación: <https://www.lanacion.com>

Villanueva, J. (29 de enero de 2018). *Contra la opacidad de Airbnb*. Obtenido de El País:

<https://elpais.com>

Wood, R. W. (2014 de diciembre de 2014). *Uber's Growing Tax Problems*. Obtenido de

Forbes: <https://www.forbes.com>

Fuentes jurídicas nacionales

Leyes

Ley 105 de 1993, por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.

Ley 1101 de 2006, por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 - Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones.

Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

Ley Estatutaria 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.

Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

Ley 300 de 1996, por la cual se expide la ley general de turismo y se dictan otras disposiciones.

Ley 336 de 1996, por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte.

Ley 57 de 1887, Código Civil.

Ley 675 de 2011, por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal.

Ley 769 de 2002, por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones.

Ley 820 de 2003, Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de diciembre de 2010) Sentencia 250288 [MP Arturo Solarte Rodríguez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (15 de septiembre de 2016 Sentencia 505705 [MP Margarita Cabello Blanco]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de diciembre de 2010 Sentencia 250288 [MP Arturo Solarte Rodríguez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2 de diciembre de 2011) Sentencia 228052 [MP William Namén]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (20 de junio de 2005), Sentencia 225715 [MP Cesar Julio Valencia Copete]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (22 de abril de 1997) Sentencia 251786 [MP Nicolás Bechara Simancas]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (6 de mayo de 2016) Sentencia 483811 [MP Luis Armando Tolosa Villabona]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (6 de septiembre de 2016 Sentencia 502972 [MP Margarita Cabello Blanco]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de junio de 1962) Sentencia 343889 [MP José J. Gómez R.]

Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal (30 de julio de 2014) Sentencia 273035 [MP Gustavo Enrique Malo Fernández]

Otras normas jurídicas

- Ministerio de Comercio Industria y Turismo y Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (9 de julio de 2009) Por el cual se reglamentan las Leyes 300 de 1996 y 1101 de 2006. [Decreto 2590 de 2009]
- Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo (26 de mayo de 2015) Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. [Decreto 1074 de 2015]
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (18 de abril de 1991) Por el cual se regula integralmente el seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito. [Decreto 1032 de 1991]
- Ministerio de Transporte (25 de febrero de 2015) Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor especial y se adoptan otras disposiciones. [Decreto 348 de 2015]
- Ministerio de Transporte (26 de mayo de 2015) Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte. [Decreto 1079 de 2015]
- Ministerio de Transporte (27 de mayo de 2016) Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones. [Resolución 2163 de 2016]
- Ministerio de Transporte (27 de noviembre de 2015) Por el cual se modifica y adiciona el Capítulo 3, Título 1, Parte 2, Libro 2 del Decreto número 1079 de 2015, en relación con la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en los niveles básico y de lujo. [Decreto 2297 de 2015]
- Ministerio de Transporte (5 de febrero de 2001) Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Colectivo Metropolitano, Distrital y Municipal de Pasajeros. [Decreto 170 de 2001]
- Ministerio de Transporte (5 de febrero de 2001) por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Pasajeros por Carretera. [Decreto 171 de 2001]
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la protección de la competencia (26 de noviembre de 2015) Concepto 15-280358-1-0 [Superintendente delegado Jorge Enrique Sánchez Medina]

Superintendencia de Industria y Comercio, Investigaciones de Protección al Consumidor (6 de marzo de 2018) Concepto 18-73630-5-0 [María José Lamus Becerra]

Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Jurídica (15 de noviembre de 2013) Concepto 13-232259-00001-0000 [William Antonio Burgos Durango]

Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Jurídica (27 de julio de 2016) Concepto 16-160560-00002-0000 [Jazmín Rocío Soacha Pedraza]

Fuentes jurídicas extranjeras

Asamblea Nacional y Senado Francés (1 de octubre de 2014) Ley 1104 de 2014: Ley Thévenoud, relativa a los taxis y automóviles de transporte con chofer.

Asamblea Nacional y Senado Francés (29 de diciembre de 2016) Ley 1920 de 2016: Ley Grandguillaume, relativa a la regulación, a la responsabilidad y a la simplificación en el sector de transporte público particular de personas.

Asamblea Nacional y Senado Francés (actualizado al 1 de abril de 2018) Código de Transportes.

Corte de Casación francesa, Cámara Comercial (12 de marzo de 2013) Sentencia 11-21-21908 [M. Lecaroz]

Jefatura de Gobierno de México D.F (15 de septiembre de 2017) Reglamento de la Ley de Movilidad del Distrito Federal.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea Gran Sala (20 de diciembre de 2017) Sentencia C-434-15.